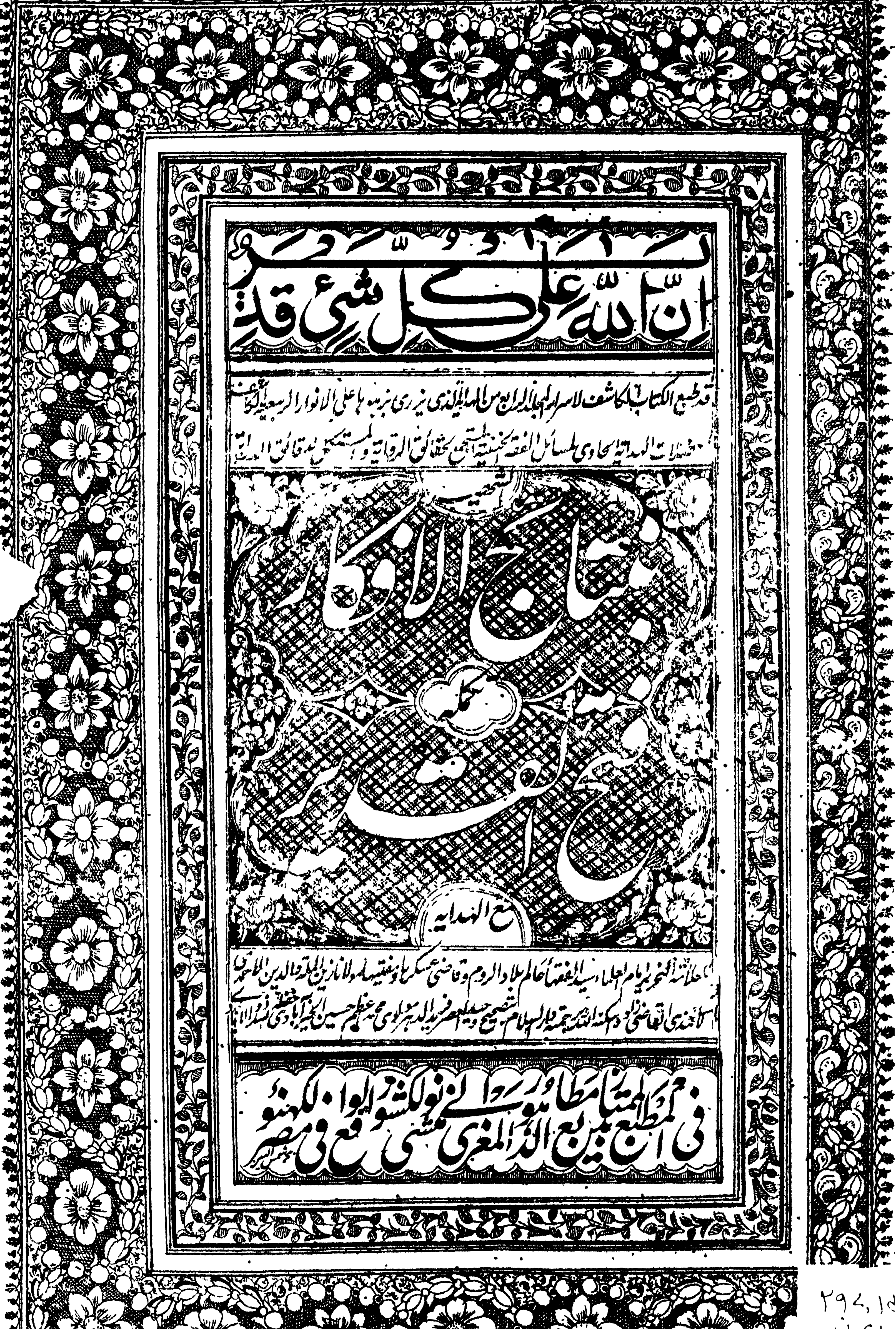

ان الله على كل شيء قدير
نتائج الافكار
تكملة
فتح القدير
مع الهداية

فهرس المجلد الرابع من نتائج الافكار تكملة فتح القدير

تمت

فهرست کتب دینیه سنت وجماعت موجوده مطبع

نحمده ونصلی برخواطر دریا مقاطر ارباب الباب مخفی مباد که فهرست کتب موجوده کارخانه اوده اخبار اگرچه بذریعه فهرستهای جداگانه پیوسته اشتهاری نمیدید گر مناسب وقت چنین می نماید که اسامی بعضی کتب دینیه سنت وجماعت از فقه و اصول وتفسیر وکلام وحدیث که مناسبت تام باین کتاب داشته باشد بنابر اطلاع علماء وفضلاء وشائقین و ماهرین علوم که اطلاع موجود بودنش را ذریعه رقیمه باشد نقل نموده میشود وآن اینست

کتب فقه عربی و اصول فقه

فتاوای عالمگیری تمام وکمال
شرح الیاس شرح مختصر الوقایه
هدایه شریف کامل مع ترجمه [illegible]
هدیة المختار شرح رساله عقدیه
احیاء العلوم عربی چهار جلد
مختصر الوقایه
جامع الرموز
شرح وقایه محشی بحواشی مختلفه
شرح وقایه مع چلپی
فتاوای کنز الدقائق عربی
فرائض شریف شرح سراجیه
نور الانوار مع قمر الاقمار
مجموعه تنقیح وتوضیح
وتلویح وچلپی
شیخ الاسلام حاشیه تلویح
ملا خسرو حاشیه تلویح
کفایه حاشیه هدایه مع هدایه محشی بحواشی مختلفه
عینی شرح هدایه تمام وکامل

کتب فقه فارسی اردو

ترجمه اردو درمختار مع چهار جلد
حقیقة الصلوة
سبیل الجنان
فتاوای برهنه تمام وکامل
مالابد منه فارسی
کشف الحاجات یعنی مالابد اردو
مذاق العارفین ترجمه احیاء العلوم کامل
شرح وقایه فارسی

نور الهدایه ترجمه اردو شرح وقایه
ترجمه اردو کنز الدقائق
حج الحج مسمی بهدایة [illegible]
فتاوی المیراث
رساله نور الفقه
مسالک المتقین
عمدة [illegible] فی مسائل الرضاعت
تذکرة النبیه
احکام العیدین
موضح الحق
هزار مسئله
شرح محمدی
رساله کلید باب الحج
سراج [illegible]
فضائل الشهور والایام
حیات الفقه
ضمان الفردوس

کتب تفسیر ومثل آن

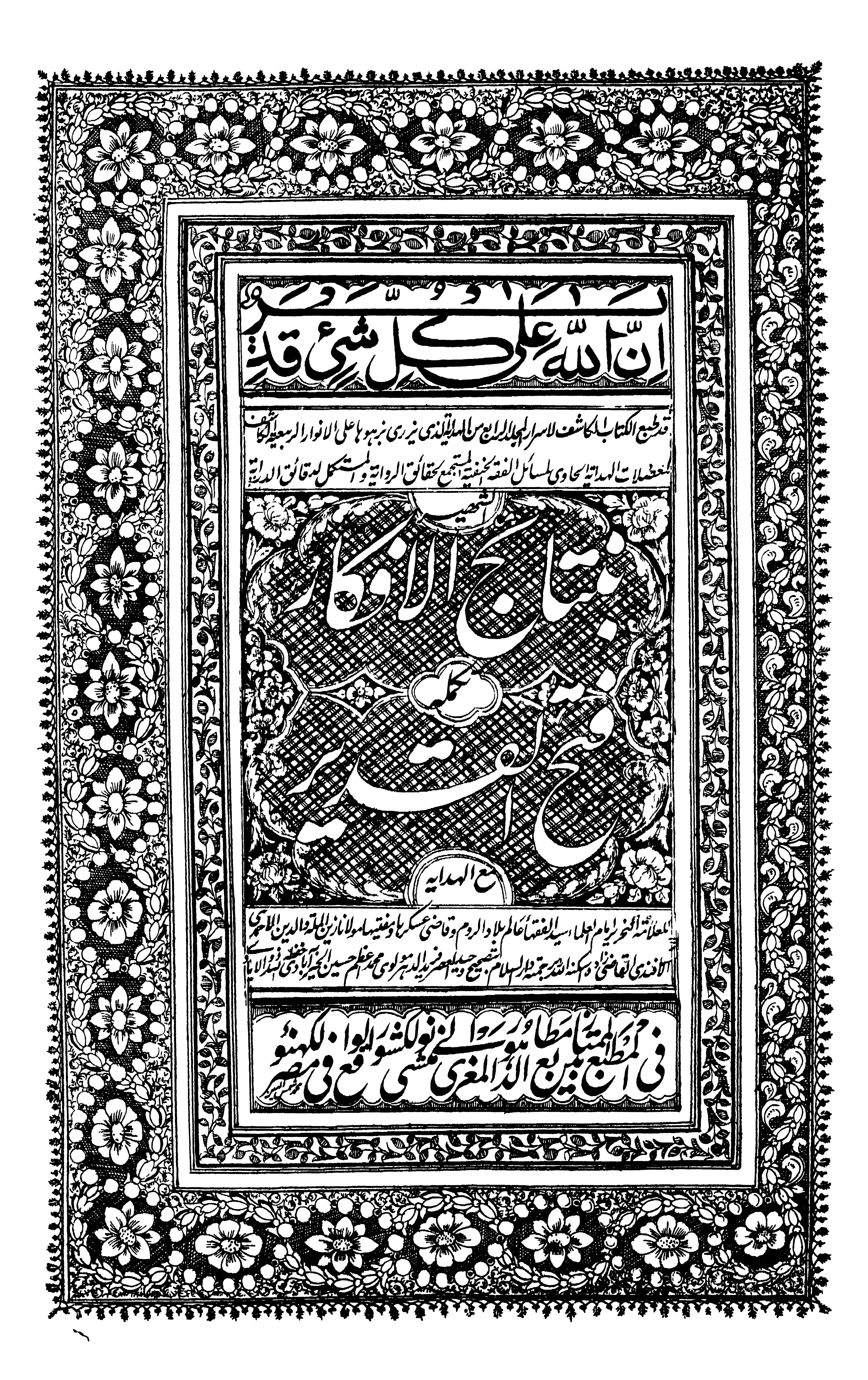
تفسیر کشاف
خلاصة الکشاف
بیضاوی شریف
تفسیر اتقان
تفسیر جلیلی [illegible] سراج المنیر
هدایة الدین حاشیه جلالین
جواهر القرآن مترجم
مجموعه زینة القاری
تفسیر سوره یوسف منظوم
تفسیر زاد الآخرت

تفسیر حسینی تمام وکامل
تفسیر سوره فاتحه
رموز القرآن
فضائل القرآن
تفسیر القدیر فی تحریر الانوار
میزان الفرقان

کتب احادیث واوراد

قسطلانی شرح صحیح بخاری شریف کامل
صحیح مسلم مع نووی شریف
شرح حصن حصین
مجربات دیربی
شرح سفر السعادت
تعبیر الرؤیا
تحفة الاخیار ترجمه مشارق الانوار
سنن ابی داود
اوراد نقشبندی
سید الاوراد
ترجمه مجربات دیربی
ترجمه تعبیر الرؤیا مسمی بتاویل المنام
مصباح الهدایت ترجمه عوارف المعارف
کیمیای سعادت
اکسیر هدایت ترجمه کیمیای سعادت
شرح مثنوی شریف تصنیف مولانا
بحر العلوم رح
انوار محمدی
تحقیق الانساب

تمت


إن الله على كل شيء قدير
قد طبع الكتاب الكاشف لأسرار المجلد الرابع من الهداية الذي يزري بزهوها على الأنوار الربيعية الكاشف
لمعضلات الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية
الشهير ب
نتائج الأفكار
تكملة
فتح القدير
مع الهداية
للعلامة النحرير إمام العلماء سيد الفقهاء عالم بلاد الروم وقاضي عسكرها ومفتيها مولانا زين الملة والدين الأحمدي
الأفندي بقاضي زاده أسكنه الله برحمته دار السلام بتصحيح وحيد العصر فريد الدهر مولوي محمد أعظم حسين الخير آبادي
منشي نولكشور الواقع في لكهنؤ



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع **قال** الشفعة واجبة للخليط فى نفس المبيع ثم للخليط فى حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

كتاب الشفعة وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه فى كل منهما والحق تقديمها عليها لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثرة اسبابه من الاستحقاق فى البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات اوجب تقديمه كذا فى العناية وكثير من الشروح اقول لا يذهب عليك ان الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانها قد ساقت ذكر كتاب الشفعة الى ههنا فلا حاجة الى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة الى معرفته الخ بل لا وجه لقوله والحق تقديمها عليه عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة قال بعض الفضلاء بعد ان تنبه لبعض ما قلنا ثم يمكن ان يقال فى وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ الغصب لا يعم العقار عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله بل الغصب عندهما انما يتصور فى المنقول دون العقار كما مر فى اوائل كتاب الغصب مفصلا ومشروحا فانما تتأتى عموم الغصب العقار والمنقول على اصل محمد والشافعى كما مر ايضا ثمه ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الاعظم وامامنا الثانى اذ لا يكفى مجرد كون العموم محل اجتهاد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة ايضا تعم العقار والمنقول عند مالك فانها واجبة فى السفن ايضا عنده على ما صرحوا به وسياتى فى الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة المضار قال الله تعالى وما جعل عليكم فى الدين من حرج وقال النبى صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام ولا شك لاحد فى حسن دفع ضرر التأذى بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد جاء فى تفسير قوله تعالى لاعذبنه عذابا شديدا اى لالزمنه صحبة الاضداد كذا فى النهاية ومعراج الدراية ثم ان الشفعة فى اللغة ماخوذة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشترى الى ملك الشفيع ومنه شفاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى القاهرين وفى الشريعة هى تملك البقعة جبرا على المشترى بما قام عليه كذا فى عامة الشروح والمتون الا انه وقع فى بعضها تملك العقار بدل تملك البقعة وصرح فى بعض الشروح بزيادة قيد فى آخر التعريف وهو قوله بشركة او جوار وترك ذكره فى الاكثر بناء على ظهوره اقول فى الكل اشكال وهو انه ان كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة

اما الشفعة ... [illegible] ... الشفعة ... [illegible]

هى التملك المذكور فى عامة الكتب بناء على ما تقرر عندهم وسيجئ فى الكتاب من ان الشفعة يجب ان يثبت بعقد البيع ويستقر بالاشهاد ويملك بالاخذ اذا سلمها المشترى او حكم بها حاكم لان ذلك صريح فى ان تحقق التملك فى الشفعة عند اخذ البقعة المشفوعة بالتراضى او قضاء القاضى فان كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة نفس ذلك التملك لزم ان لا يكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد البيع ويستقر بالاشهاد صحة اذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقيق وحين عقد البيع والاشهاد ولم يوجد الاخذ بالتراضى والقضاء والتراضى لا محالة فلم يوجد التملك ايضا فعلى تقدير ان يكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد ... ثم ... ذكر ... جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء او الرضا فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صح شئ من جواز طلب الشفعة وثبوت الملك ... اما الاول فلانه لا شك ان المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول الى تملك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذى هو الشفعة على الفرض المذكور لا يبقى مجال لحق طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل و حكم الشئ يقارن ذلك الشئ او يعقبه ولا يتقدم عليه فلم لا يصح جواز طلب الشفعة لان يكون حكما للشفعة على تقدير ان تكون الشفعة نفس التملك واما الثانى فلان ثبوت الملك هو نوع التملك فى المعنى وحكم الشئ ما يغايره ويترتب عليه فلم يصح ثبوت الملك ايضا بان يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة نفس التملك فالاظهر عندى فى تعريف الشفعة فى الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال ثم الشفعة عبارة عن حق التملك فى العقار لدفع ضرر الجوار انتهى فانه اذا كانت حقيقة الشفعة فى الشريعة مجرد حق التملك دون حقيقة التملك يندفع الاشكال الذى ذكرناه بحذافيره ويظهر ذلك بالتامل الصادق ولعل مراد عامة العلماء ايضا ذلك ولكنهم تسامحوا فى العبارة ثم ان سبب الشفعة عند عامة المشايخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع لان الشفعة انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة وانما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفيع بالمبيع وكان الخصاف رحمه الله يقول الشفعة يجب بالبيع ثم يجب بالطلب فهو اشارة منه الى ان كليهما سبب على التعاقب وانه صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا بالطلب وذكر شيخ الاسلام رحمه الله ان الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما قال ولا يجوز ان يقال بان البيع شرط والشركة علة وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع لانه حصل بعد وجود سبب الوجوب الا يرى ان الابراء ... لا يتحقق بعد وجود سبب الوجوب جائز ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا ان الشركة وحدها ليست بعلة والحاصل ان استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع او بالشركة والبيع وتاكدها بالطلب وثبوت الملك فى البقعة المشفوعة بالقضاء او الرضا كذا فى الذخيرة وذكره صاحب النهاية معزيا الى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها اقول يجوز ان يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب انها تجب بالبيع ثم يتاكد وجوبها ويستقر بالطلب فيؤول الى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المفسرون فى قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم لكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب ولعل نظائر هذا فى كلام البلغاء اكثر من ان تحصى والعجب ان عامة ثقات المشايخ حملوا كلام ذلك العالم الذى له يد طولى فى الفقه الذى هو بين البطلان ولم يحمله احد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف الثمام قوله اما الثبوت فلقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم اقول لقائل ان يقول هذا الحديث وان دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك الا انه ينفى بعضه الاخر وهو ثبوته لغير الشريك ايضا كالجار الملاصق لان اللام فى الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد قصر المسند اليه على المسند كما تقرر فى علم الادب

ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال الشافعي رح لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه

وشل بنحو قوله عليه السلام الائمة من قريش وسيما وقد ادخل على المسند ههنا لام الاختصاص كما ترى وكان عريقا في افادة القصر كما في الحمد لله على ما قالوا فانتفى اقتضاء حق الشفعة من غير الشريك وهو مذهب الشافعي فليتامل في الجواب قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المذبور اي تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها فلم يبق الشريك الآخر لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة انتهى اعترض بعض الفضلاء على قوله اما اذا باع بعدها الخ ثم وجه حيث قال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به الا ان يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية انتهى اقول كل من اعتراضه وتوجيهه ساقط اما الاول فلان قول صاحب العناية واما اذا باع بعدها الخ ليس بداخل في تفسير معنى الحديث المذبور حتى يتجه عليه ان يقال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به بل هو كلام مستقل ذكره بطريق الاستطراد بيانا للواقع واما الثاني فلانه لو كانت اللام الاختصاصية مدار التخصيص بمعنى القصر لزم ان يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار الملاصق ايضا لكونه غير شريك لم يقاسم فيلزم ان يكون حجة علينا لا لنا قوله ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا اي جار الدار احق بالدار وجار الارض احق بالارض قوله ينتظر له وان كان غائبا اي الشفيع يكون على شفعته وان غاب اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه كذا قال تاج الشريعة ويقرب منه قول صاحب العناية يعني يكون على شفعته مدة غيبته اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه انتهى قال في النهاية وفي رواية الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا ثم قال في الاسرار فان قيل المراد به احق بها عرضا عليه للبيع الا يرى انه فسره بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله احق بالاطلاق فيكون احق بها قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة احق ولان ما روي عن عمرو بن الشريد عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن ارض بيعت ليس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار احق بشفعته فبهذا يبطل ذلك السؤال انتهى وقال بعض الفضلاء على قوله وان كان غائبا مقتضى كلمة ان الوصلية انه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى ففي كلامه بحث تامل انتهى اقول المذكور في كثير من نسخ الهداية ان كان غائبا بدون الواو والذي ذكر في حاشيته ذلك الفاضل ايضا تلك النسخة فحينئذ لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر ان يكون شرطية ويؤيده رواية الاسرار حيث وقع فيها اذا كان غائبا فعلى هذا لا يتوهم ان يكون المعنى انه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى واما على الرواية بالواو وهي الاكثر وقوعا في الشروح فلا محذور فيها ايضا لان معنى قوله ينتظر له وان كان غائبا على ما بينوا انه يكون على شفعته وان غاب ولا شك انه كان على شفعته حال غيبته فلان يكون على شفعته حال حضوره اولى بالطريق وان ترك الانتظار على معناه الاصلي وهو التوقف في مسئلته وكان المعنى ينتظر له الى ان يجيء فيفرغ من شفعته تحققت الاولوية ايضا فيما اذا لم يكن غائبا لانه اذا وجب الانتظار له الى ان يجيء ويفرغ من شفعته مع بعد زمان الانتظار فلان يجب الانتظار الى فراغه من شفعته عند حضوره اولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قليل تامل تفهم قوله وقال الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان اللام للجنس كقوله عليه السلام الائمة من قريش فينحصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه الى ههنا كلامه اقول في تقريره نوع خلل لان قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض اوله آخره فان معنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما فذلك تناقض لا يخفى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال

وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا

ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة [illegible]

بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه

لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى

فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك انتهى اقول فحينئذ يختل تفريع قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما ان لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فان دلالته على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معا اي من جهة حق المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله وصرفت الطرق والاولى في تقرير المقام ان يقال وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطريق والجار الملاصق حقه مقسوم من تينك الجهتين معا فلا شفعة فيه اذ على هذا التقرير يرتفع الاختلال بالكلية ويطابق الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعي لا شفعة بالجوار وذكر الحديث المذكور دليلا عليه ولم يتعرض لغير الجوار نعم طعن صاحب النهاية في تخصيصه بالجوار بالذكر حيث قال ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة لان الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجوار فكذلك لا يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق ايضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبئر والنهر انتهى ولكن يمكن ان يقال وجه تخصيصه ذلك بالذكر عدم مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة الا في حق الجار تدبر **قوله** وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار اليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه بالجار حيث قالوا وهذا اي الجار وقال صاحب العناية وحده بعد ان قال اي الجار يعني شفعة الدار وسكت غيره هؤلاء الشراح عن تفسير هذا ههنا وفسر علامتهم الفرع في قوله دون الفرع بالجار ايضا وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني واجمعوا على تفسير الاصل بما لم يقسم اقول الحق الواضح عندي ان المراد بهذا والفرع كلما هو المقسوم لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس في معنى ما لم يقسم اذ لم يقل احد بان الجار في حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم في حكم ما لم يقسم اذ وجد الاتصال بملك البائع ولا صحة لان يقال الجار فرع لما لم يقسم لان الذي في حكم ما لم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا مما لا اشتباه فيه فعامة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضعين عن سنن الصواب واما صاحب العناية فقد اصاب في تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب في تفسير هذا حيث قال فيه اي الجار الا انه لما ذاق شناعة هذا التفسير قال بعده يعني شفعة الجار لكنه ليس بتام ايضا اذ لم يقل احد ايضا بان شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم الا ان يقدر مضاف آخر في قوله معناه ايضا فيصير المعنى ليس في معنى شفعة ما لم يقسم اي شفعة ما لم يقسم لكن لا يخفى انه تمحل بعد تمحل بلا ضرورة داعية الى شيء منهما فالحق ما قلناه **قوله** ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تابيد وقرار قال تاج الشريعة ذكر التابيد احترازا عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احترازا عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له اذا النقض واجب دفعا للفساد واقتفى اثره صاحب العناية وبعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه انتهى اقول ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لان الاعارة تمليك المنافع بلا عوض على ما عرف في كتاب العارية فكان قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل متناولا للدار المسكونة بالعارية ايضا فحصل بقوله اتصال تابيد الاحتراز عن مثل ذلك **قوله** فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احترازا عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة ههنا وقال صاحب العناية وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة رهنا انتهى وتبعه الشارح العيني اقول فيه بحث لان المستاجر وان كان له ملك في الدار المستاجرة من حيث الشفعة لان الاجارة تمليك المنافع بعوض فتحقق له فيها نوع ملك كما في المستعير على ما مر آنفا الا ان كل منهما قد خرج بقوله

لان الضرر فی حقه بازعاجه من خطة آبائه اقوی وضرر القسمة مشروع لا یصلح علة لتحقیق ضرر غیره

اتصال تابید فیما قیل فما معنی الاحتراز عن الاجارة مرة اخری بقوله ههنا عند وجود المعاوضة بالمال واما المرتهن فلا ملک له فی الدار المرهونة لا من حیث الرقبة ولا من حیث المنفعة فقد خرج بالملک المذکور من قبل قطعا مع قطع النظر عن قید التابید فلا معنی للاحتراز عن الدار المرهونة بالقید المذکور ههنا اصلا والحق ان هذا القید للاحتراز عن مثل الدار الموروثة والموهوبة والموصی بها والمجعولة مهرا فان فی کل منها یتحقق الملک والتابید والقرار لکن لا شفعة فیها لعدم تحقق المعاوضة المالیة فی شیء منها قوله لان الضرر فی حقه بازعاجه عن خطة ابائه اقوی قال بعض الفضلاء الدلیل اخص من المدعی فان الشفیع لا یلزم ان یکون فی خطة آبائه بل قد یکون مالکا بالشری او الهبة انتهی اقول المعنی المقصود من هذا الدلیل ان الضرر فی حقه بازعاجه من خطته الاصلیة المتقررة اقوی فیعم ما کان ملکا له بالشری او الهبة الا انه عبر عن اصالة خطته وتقررها باضافتها الی آبائه مبالغة فی بیان اصالتها وتقررها وبناء علی ما هو الاکثر وقوعا فی العادة فاخصیة الدلیل المذکور بالنظر الی ظاهر اللفظ دون المعنی المقصود منه فلا محذور فیه قوله وضرر القسمة مشروع لا یصلح علة لتحقیق ضرر غیره هذا جواب عن قول الشافعی لان مؤنة القسمة تلزمه فی الاصل دون الفرع یعنی ان التعلیل بذلک غیر صحیح لان مؤنة القسمة امر مشروع لا یصلح علة لتحقیق ضرر غیره مشروع وهو تملک مال الغیر بدون رضاه کذا فی الشروح قال صاحب العنایة بعد بیان ذلک ولم یذکر الجواب عن استدلاله بالحدیث لانه فی حیز التعارض انتهی اقول هذا عذر بارد لان کل حدیث من الاحادیث الذی استدل به الخصم فی حیز التعارض بالحدیث الذی رویناه فالاستغناء عن ذکر الجواب فان حکم التعارض هو التساقط ان لم یظهر الرجحان فی احد الجانبین ولم یتیسر التخلص الجامع بینهما عند الطلب کما عرف فی علم اصول الفقه وعلی تقدیر التساقط ههنا یلزم ان لا یثبت مدعانا کما لا یثبت مدعاه وذلک مخل بمطلوبنا لا محالة فلا بد من الجواب اما ببیان الرجحان فیما رویناه او ببیان التخلص علی وفق قاعدة الاصول اللهم الا ان یقال یکفینا دلیلنا العقلی عند تحقق حکم التعارض بین الاحادیث لکن فیه ما فیه وقال صاحب العنایة وقد اجاب بعضهم بان قوله علیه السلام الشفعة فیما لم یقسم من باب تخصیص الشیء بالذکر وهو لا یدل علی نفی ما عداه او بان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترک الالزام لانه علیه السلام علق عدم الشفعة بالامرین وذلک یقتضی انه اذا وقعت الحدود ولم یصرف الطرق بان کان الطریق واحدا یجب الشفعة انتهی اقول فی کل من هذین الجوابین نظر اما فی الاول وهو الذی ذکر فی الکافی وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعی بقوله علیه الصلوة والسلام الشفعة فیما لم یقسم لیس علی مجرد تخصیص کون الشفعة فیما لم یقسم بالذکر حتی یتم الجواب عنه بان تخصیص الشیء بالذکر لا یدل علی نفی ما عداه بل مدار استدلاله علی ان اللام فی الشفعة للجنس لعدم المعهود فیقتضی قصر الشفعة علی ما لم یقسم کما فی قوله علیه السلام الائمة من قریش وقد صرح به فی اثناء تقریر وجه استدلاله بذلک ولا ریب ان افادة القصر تدل علی نفی ما عدا المذکور فالاولی فی الجواب عنه ما ذکره تاج الشریعة وهو ان الالف واللام کما تدخلان فی الاسم للاستغراق تدخلان فیه للمبالغة کما یقال العالم فی البلد فلان وان کان فیه علماء اذا کان کذلک یکون المراد بها فی ذلک الحدیث اقوی الاسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فیما لم یقسم اقوی ولهذا قدمناه علی غیره انتهی واما فی الثانی فلان حصول الالزام للشافعی بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق علی الوجه المذکور فی الجواب المذکور ممنوع فان الشافعی وان قال بمفهوم المخالفة الا ان له شرائط منها ان لا یخرج الکلام مخرج العادة کما فی قوله تعالی وربائبکم اللاتی فی حجورکم علی ما عرف فی الاصول فله ان یقول فیما نحن فیه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة لکون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا یدل علی انه اذا کان الطریق واحدا یجب الشفعة ولئن سلم حصول الالزام له بذلک فلا ینبغی ان یقال انه مشترک الالزام لان فیه اعترافا بکونه ملزما ایانا ایضا ولو کنا ملزمین بذلک فی هذه المسئلة فما القول

وأما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا **قال** وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم **قال** فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف ان مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض

ينافي كون الشافعي ايضا مذ يا به وتلك المقدمة انما يصار اليها في العلوم العقلية عند الضرورة وعن هذا لم يقع التعبير بانه مشترك الالزام في غير كلام صاحب العناية فالاولى في الجواب عن اخذ ذلك الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما اشير اليه في الكافي وذكر في كثير من الشروح من انه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز ان يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة في الجار مع ما صح من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما رويناه اي جمعا بين ذلك الحديث وبين ما رويناه او معناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق وانما قال هذا لان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع ان يتوهم استحقاق الشفعة بها كالبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها ازالة لذلك الوهم واورد علينا من قبل الشافعي انه عليه السلام قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وكلمة انما لاثبات المذكور ونفي ما عداه واجيب بعبارات مختلفة قال في الكافي والكفاية انما قد يقتضي تاكيد المذكور لا نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انت منذر انتهى وقال في النهاية وكلمة انما قد تجئ للاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العلم في البلد زيد اي الكامل فيه والمشهور به زيد ولم يرد به نفي العلم عن غيره وههنا كذلك فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يزاحمه غيره وكان محمولا على اثبات المذكور بطريق الكمال لا نفي غيره انتهى وقال في البدائع اما الحديث فليس في صدد نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضي نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انا بشر مثلكم وهذا لا ينفي ان يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا مثلهم انتهى اقول فيما ذكر في البدائع خلل بين اذ قد تقرر في علم الادب انه يؤخر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصور في قوله تعالى قل انما انا بشر مثلكم مدلول انا والمقصور عليه هو البشرية ولا شك ان المراد بالمذكور في قولهم انما لاثبات المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه اذ باثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصر عليه كما لا يخفى قوله وهذا لا ينفي ان يكون غيره عليه السلام بشرا مثلهم لا يدل على ان لا يقتضي كلمة انما نفي غير المذكور الذي هو المقصور عليه لان غير المقصور عليه في قوله تعالى قل انما انا بشر مثلكم انما هو غير البشرية لا غيره عليه السلام والحاصل ان كلمة انما في الآية المذكورة لقصر المسند اليه على المسند دون العكس لا محالة فقوله وهذا لا ينفي ان يكون غيره عليه السلام بشرا مثلهم يبتني على ان يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعا **قوله** واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكا في نفس المبيع والخليط بمن كان شريكا في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اقتفى اثره الشارح العيني اقول ان كان مرادهما مؤاخذة المصنف بتفسيره المذكور كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب بين فانه لما وقع في الحديث الشريك احق من الخليط علم ان المراد بالشريك هناك غير الخليط اذ لا معنى لكون الشيء احق من نفسه فلا بد ان يحمل احدهما على نوع مما اطلق عليه في اللغة والآخر على نوع آخر منه ثم لما كانت [illegible] في نفس المبيع على الشركة في حقوق المبيع اظهر واجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه [illegible] ثم لما كانت مزية الشركة في نفس المبيع على الشركة في حقوق المبيع اظهر واجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه بالثاني ولم يعكس فلا [illegible] **قوله** وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة اقول لا يرى لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتاكيد اذ قد تبين من قوله والشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار ان ذلك كما افاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء افاد الترتيب ايضا كما صرح به

والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله ان الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه **قال** ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق **قال** والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار لما بينا **قال** واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي رحمه الله هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا يرى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضى لحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء **قال** والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه

صاحب الهداية كيف لا وكلمة ثم صريحة في افادة وليس للمتاخر في الاستحقاق حق عند وجود المقدم فيه بلا ريب اقول تعليل هذه المسئلة بقوله لما تبين من الترتيب غير تام لان ما بينه من الترتيب لا يقتضي ان لا يستحق المتاخر عند وجود المتقدم تسليمه لجواز ان يكون المتاخر محجوبا بالمتقدم كما في الميراث على ما قال به ابو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ حينئذ لا يستحق المتاخر شيئا عند وجود المتقدم سلم او استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة هكذا فان لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق او الشرب فان لم يوجد هذا ايضا اخذها الجار لان الترتيب يقتضي هذا المعنى لا محالة فالمناسب ان يترك التعليل المذكور ههنا ويكتفي بما ياتي من قوله ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الى آخره **قوله** والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار قال في العناية آخذا من النهاية مثل ان يكون في دار كبيرة بيوت في بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار انتهى اقول في هذا التمثيل قصور لان المنزل عند الفقهاء دون الدار وفوق البيت واقله بيتان او ثلثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك مما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة في المنزل بشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعو اليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه **قوله** والبقعة واحدة يعني بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار الشفيع احق ببعضها كمنزل معين منها او جدار معين منها صار احق بجميعها قال صاحب العناية في شرح قوله والبقعة واحدة اراد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع انتهى اقول فيه خلل لان الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع فيما نحن فيه مسئلتنا هو منزل معين من الدار او جدار معين منها ووحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفيع جميع الدار وانما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلائم تفسير الشارح المذكور وايضا قوله فاذا صار احق بالبعض كان احق بالجميع انما يطلق وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع وكان بين اول كلامه وآخره تنافر لا يخفى **قوله** قال والشفعة يجب بعقد البيع ومعناه بعده اقول كون معناه بعده محل كلام من حيث العربية فان مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية فالاظهر ان يكون الباقي قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع للمصاحبة والمقارنة فانه كثير شائع مذكور في عامة معتبرات كتب الادب والمعنى المقصود ههنا يحصل به بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتامل فلا مقتضي للمعدول عنه **قوله** لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه يعني في قوله ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال كما ذكر في العناية وكثير من الشروح او في قوله لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار كما ذكر في الكفاية قال صاحب العناية وهذا قول عامة المشائخ لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل لسوء المعاملة والمعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع ولهذا قلنا بثبوتها للشريك في حقوق المبيع والجار ليتحقق ذلك انتهى اقول في قولهم والضرر انما يتحقق باتصال ملك البائع بملك الشفيع مناقشة لانهم ان ارادوا بذلك ان الضرر انما يتحقق بمجرد اتصال ملك البائع بملك الشفيع يلزمهم ان يتحقق الضرر للشفيع قبل ان يبيع البائع ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم ان يجب الشفعة قبله ايضا لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعا وان ارادوا به ان الضرر انما يتحقق بمدخلية اتصال البائع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلية البيع ايضا فلا يلزم ان يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتامل ثم قال صاحب العناية ورد بانه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل البيع لوجوده بعد السبب الا يرى ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح واجيب بان البيع شرط ولا وجود للشرط قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكوة قبل الحول واسقاط الدين الموجل قبل حلول الاجل والجواب ان ذلك لشرط الوجوب

والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرّفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه **قال** وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد

والكلام فيه وانما هو في شرط الجواز وامتناع المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على احد انتهى كلامه اقول لقائل ان يقول امتناع تحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضروري سواء كان المشروط هو الجواز او الوجوب مجازا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا عن اتصال السبب بالمحل كما قالوا لزم ان يكون عدم تحقق شرط الوجوب ايضا مانعا عن ذلك فلزم ان لا يكون الواجب متاديا باداء الزكوة قبل الحول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال في اسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل مع ان المصرح به في موضعه خلاف ذلك ثم اقول يمكن ان يجاب بان المراد بالوجوب في قوله ان ذلك شرط الوجوب هو وجوب الاداء دون نفس الوجوب فان نفس وجوب الزكوة يتحقق بملك النصاب النامي وحولان الحول انما هو شرط وجوب ادائها كما صرحوا به في كتاب الزكوة وكذا حلول الاجل في الدين المؤجل انما هو شرط وجوب ادائها لا شرط نفس وجوبها فاللازم ان لا يتحقق وجوب الاداء قبل الحول وقبل حلول الاجل ولا يلزم منه ان لا يكون الواجب بنفس الوجوب متاديا باداء الزكوة قبل حلول الحول وباداء الدين قبل حلول الاجل والمصرح به في موضعه انما هو تادي الواجب بنفس الوجوب لا غير **قوله** والوجه فيه ان الشفعة انما يجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها اي يعرف رغبة البائع عن ملك الدار وفسر صاحب العناية ضمير فيه في قوله والوجه فيه بهذا التاويل حيث قال والوجه فيه اي في هذا التاويل وتبعه العيني اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة انه لا مدخل للتاويل الذي ذكره المصنف لقوله معناه بعده لا انه هو السبب في جريان هذا الوجه اذ هو جار بعينه على تقدير ان يكون معنى كلام القدوري ان البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن فلا حاجة الى بناء هذا الوجه على ذلك التاويل بارجاع ضمير فيه اليه بل لا وجه له عند التحقيق لان المصنف علل تاويله المذكور بقوله لان سببها الاتصال على ما بيناه فما معنى ان يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك فالحق ان قوله والوجه فيه الى آخره متصل باول الكلام وهو قوله الشفعة تجب بعقد البيع ومن عادة المصنف انه اذا كان في عبارة المسئلة عقدة يحلها ثم يذكر دليل المسئلة وههنا ايضا فعل كذلك **قوله** ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه اقول فيه تامل اذ قد تقرر فيما مر ان علة ثبوت حق الشفعة عندنا انما هي دفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والظاهر ان ذلك الضرر انما يتحقق عند ثبوت البيع في حق المشتري لانه هو الدخيل لا عند ثبوته في حق البائع مع تكذيب المشتري لان البائع اصيل كالشفيع فمن اين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع في حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر قال في العناية ونوقض بما اذا باع بشرط الخيار له او وهب وسلم فان الرغبة عينه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة واجيب بان في ذلك ترددا لبقاء الخيار بخلاف الخيار فانه يخبر عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل به كما زعمه والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب للمكافاة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية انتهى اقول في الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث لانه ان كان مداره على مجرد كون غرض الواهب المكافاة لا يستقيم اصلا فان كون غرضه المكافاة لا ينافي رغبته عن ملكه الا يرى ان غرض البائع ايضا المكافاة بالثمن مع انه لا ينافي رغبته عن البيع بل يدل عليها كما ذكروا وان كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يندفع النقض بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها كما اذا وهب لقريبه المحرم او لزوجته او اخذ العوض عنها بغير شرط في العقد او غير ذلك مما تحقق فيه المانع عن الرجوع فان في هذه الصورة لا يصح رجوع الواهب فينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانقطاع حق البائع عن المبيع مع انه لا شفعة فيها فبقي النقض بها **قوله** ولا يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد اقول فيه شيء وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا انكر المشتري طلبه واما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي ان لا يبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما اذا لم ينكر الخصم طلبه مع ان الظاهر من كلماتهم

قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها الحاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لا تورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه اعلم بالصواب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب شفعته بطلت الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها وان اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشائخ وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التامل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض

بطلانها بترك ذلك مطلقا فان قلت وقت الاشهاد مقدم على وقت الخصومة ففي وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره ايا ما غير معلوم فاذا ترك الاشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا يبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا قلت هذا مصير الى التعليل الاول ولا كلام فيه وانما الكلام في ان التعليل الثاني هل يصلح ان يكون دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولا يحتاج اليه الخ **قوله** وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز الاخذ وكان الاخذ معتبرا في التسليم فلزم ان يكون معتبرا في حكم الحاكم ايضا على مقتضى العطف اذ قد تقرر في علم الادب ان المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل امر تجب للمعطوف عليه بالنظر الى ما قبله مع ان الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل اخذه الدال على ما نصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله او حكم بها حاكم فانه يثبت الملك بحكمه وان لم ياخذ الدار وقال في شرح الكنز للزيلعي اي تملك الدار المشفوعة باحد امرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه او بحكم الحاكم من غير اخذ وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتملكه بالاخذ بالتراضي او بقضاء القاضي قوله بقضاء القاضي عطف على الاخذ لا على التراضي لان القاضي اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل اخذه انتهى وكان صاحب العناية غافلا عن ذلك وهو اي التملك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري او بقضاء القاضي فانه صرح في اعتبار الاخذ في قضاء القاضي ايضا وثانيهما ان تسليم الدار المشفوعة ليس توصيفه المشتري دائما فان المصنف صرح فيما مر آنفا بتحقق ثبوت البيع في حق البائع حتى ياخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه ففي هذه الصورة انما سلمها البائع دون المشتري فكان الاحق بالمقام ان يقال اذا سلمها الخصم بدل قوله اذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما بعد قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم تبصر

باب الشفعة والخصومة فيها لما لم يثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا في عامة الشروح اقول هذا بيان من الشراح لوجه ذكر الشطر الاول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض احد منهم لوجه ذكر الشطر الثاني منهما وهو قوله والخصومة فيها ولعل وجهه انه لما كان للخصومة في الشفعة شان مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع في بيانها ايضا اصالة **قوله** اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب شفعته لما ذكرنا قال الشراح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبيل لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه اقول فلقائل ان يقول ما ذكره هناك كما يدل على لزوم طلب المواثبة يدل ايضا على لزوم الاشهاد فيه حيث قال فلا بد من الاشهاد والطلب وسياتي التصريح منه بان الاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والجواب ان المراد بالاشهاد المذكور هناك هو الذي في طلب التقرير دون طلب المواثبة يرشد اليه تقديم الاشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الاشهاد والطلب اذ لو كان المراد بالاشهاد هناك هو الاشهاد على طلب المواثبة لكان ذكر الطلب بعده لغوا اذ لا يتصور الاشهاد على طلب المواثبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب يدل عليه قوله قبيل ذلك وتستقر بالاشهاد اذ الشفعة لا تستقر الا بعد طلب التقرير والاشهاد على مقتضى ما سياتي في الكتاب فلا تنافي بين كلامي المصنف **قوله** ولقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لمن واثبها اقول في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لانه ان كان مداره على نفي الشفعة عمن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لا نقول بالمخالفة فكيف يكون حجة لنا وان كان مداره على ان لام الجنس في الشفعة ولام الاختصاص في لمن واثبها يدلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا في الحمد لله ان لام الجنس

والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي رح ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة رح وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا كان او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي

والاختصاص ودلتا على اختصاص الحمد لله تعالى فيرد علينا النقض بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم كما ذكر في صدر هذا الكتاب ويلزم حينئذ ان يدل ذلك ايضا على نفي الشفعة عمن ليس بشريك لم يقاسم مع ان الشفعة ثابتة عندنا لغير الشريك ايضا كالجار الملاصق فتامل **قوله** والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد قال صاحب النهاية وذلك لان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم انه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والاشهاد ليس بشرط فيه انتهى واقتفى اثره صاحب العناية وعده تحقيقا حيث قال وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط انتهى اقول لقائل ان يقول طلب التقرير والاشهاد ايضا ليس لاثبات الحق بل ليعلم انه غير معرض عن الشفعة فانما الذي لاثبات الحق طلب الخصومة مع ان الاشهاد في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والاشهاد فيما بعد فكان ذلك الوجه الذي عده صاحب العناية تحقيقا منقوضا بلزوم الاشهاد في طلب التقرير كما ترى فان قلت لزوم الاشهاد في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب وسياتي ذكره مرة اخرى في بيان طلب التقرير والاشهاد في هذا الباب قلت ذاك انما يكون وجها للزوم الاشهاد في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران لعدم لزوم الاشهاد في طلب المواثبة بلزومه في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه على ان في ذلك الوجه ايضا كلاما لانه ان اريد انه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي وان اقر به الخصم فهو ممنوع وان اريد انه يحتاج الى اثباته وعند التجاحد فكذا الحال في طلب المواثبة ايضا ثم اقول يمكن ان يمنع لزوم الاشهاد في طلب التقرير ايضا بناء على ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وانما سمي الثاني طلب الاشهاد لا لان الشهادة شرط بل ليمكنه اثبات الطلب عند جحود الخصم انتهى فانه يدل على ان الشهادة في طلب التقرير ايضا ليس بلازم بل انما هو لنفي التجاحد كما في طلب المواثبة وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوثقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول انتهى فحينئذ كان الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران سالما من الانتقاض كما لا يخفى **قوله** وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا اقول في التقييد بقوله اذا كان الخبر حقا ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالاخبار وفي ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبر حقا بسبب الوثوق باخبار مخبره والظاهر ان مدار الوثوق باخبار مخبره فيما اذا كان طريق العلم منحصرا في الاخبار هو حال المخبر بعدالته وتعدده مما يورث الوثوق باخباره ولهذا اعتبره ابو حنيفة رحمه الله واذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرطا عندهما فيما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا فما معنى تعليق وجوب الاشهاد على الشفيع اذا اخبره واحد مطلقا بكون الخبر حقا ولا طريق العلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى اخبار الواحد فان افاد مثل ذلك الاخبار العلم بعين كونه حقا وان لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا وعلى كل حال لا يرى للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فليتفكر ثم اعلم انه مما يجب التنبيه له ان المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب المواثبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والا يلزم ان يكون قوله ههنا يجب عليه ان يشهد مناقضا لقوله فيما مر والاشهاد فيه ليس بلازم وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والاشهاد فيه ليس بلازم حيث قال هذا ينافي قوله يجب عليه ان يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على الطلب ومن الثاني طلب المواثبة وانه واجب على تقدير ان يطلب الشفعة انتهى وسياتي نظير هذا في الكتاب في اول باب ما يبطل به الشفعة فانه لما قال هناك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت

وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى **قال** ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتاخير الخصومة منه ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان وجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا **قال** واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه باقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد **قال** فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأله القاضي يعني المدعى عليه فقال هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة **قال** فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات **قال** وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسها حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة عند القاضي

شفعته ثم ان عامة الشراح حملوا الاشهاد المذكور ههنا على نفس طلب المواثبة لئلا يخالف ما ذكره المصنف من قبل وذكر في الذخيرة وغيرها ايضا من ان الاشهاد في طلب المواثبة ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد **قوله** وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك اقول في هذا التصوير نوع تقصير لانه انما يتمشى فيما اذا كان الاشهاد عند الدار فان الاشارة اعني الاشهاد على البائع او على المشتري او عند العقار اللهم الا ان يكون له ادنى مجرد التمثيل دون احاطة الاقسام لكنه لا يدفع التقصير حقيقة فالاولى الجامع للاقسام ما ذكره صاحب الذخيرة حيث قال وصورة هذا الطلب ان يحضر الشفيع عند الدار ويقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها بالجوار لدار حدودها كذا وقد كنت طلبت الشفعة وانا اطلبها الآن ايضا فاشهدوا على ذلك او يحضر المشتري ويقول هذا ابتاع من فلان دارا التي حدودها كذا وانا شفيعها بالجوار الى آخر ما ذكرنا او يحضر البائع ويقول هذا باع من فلان دارا التي حدودها كذا الى آخر ما ذكرنا انتهى **قوله** واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي بلاصقها تم دعواه قال صاحب العناية قيل لم تتم بعد بل ينبغي ان يسأله ويقول هل قبض المشتري المبيع اولا لانه لو لم يقبض لم يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى اخبرت بالشراء لينظر ان المدة طالت اولا فان عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تطاولت فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا الايراد على المصنف لانه ذكر ان الفتوى على قول ابي حنيفة في عدم البطلان بالتاخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الانتهاء كيف كان اذا قال طلبت حين علمت او اخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تاخير سأله عن المطلوب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه انتهى اقول القائل صاحب النهاية اخذا من الذخيرة وتبعه بعض آخر من الشراح وقد غير صاحب العناية عبارتهم في النقل وافسد فان عبارتهم كانت هكذا ثم اذا سأله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت او قال حين اخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاشهاد وبعد ذلك من غير تاخير وتقصير فان قال نعم تبين ان الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه الى هنا عبارتهم وهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة وهي الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية في نقله لانه عبر عن طلب المواثبة بطلب الاشهاد حيث قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار ولا يذهب عليك ان اطلاق طلب الاشهاد على طلب المواثبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا يظهر ذلك مما حققت به خبيرا في اقسام الطلب وايضا قد قيل فيما قبل سأله متى اخبرت بالشراء وكيف صنعت حين اخبرت بالشراء وقد نقله صاحب العناية فيما ايضا قبل فعلى تقدير ان يقال ههنا ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد ومراده طلب المواثبة يصير المعنى ثم بعد السؤال عن طلب المواثبة سأله عن طلب المواثبة لان سؤاله قبل ذلك بكيف صنعت حين اخبرت سؤال عن طلب المواثبة لا محالة فيلزم تكرار السؤال من طلب المواثبة بخلاف ما اذا قيل ثم اذا سأله عن طلب المواثبة سأله عن طلب الاشهاد كما وقع في عباراتهم فانه لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين اما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر واما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب المواثبة فان الكلام اذ ذاك يلتقي في صورة الشرعية فمقتضاه هو قولهم اذا سأله عن طلب المواثبة اشارة الى ما ذكروا فيما قبل من السؤال بكيف صنعت حين اخبرت وليس فيه بحكم جديد حتى يلزم التكرار تأمل تفهم **قوله** ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه اقول هذا التعليل يجري بعينه فيما اذا سلمها الى الموكل مع انه ليس بخصم حينئذ فكان ينبغي ان يزاد عليه قيد فارق بين الصورتين بان يقال بعد قوله والاخذ بالشفعة من حقوق العقد وله يد في الدار وكان المصنف

قال وان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى **قال** ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه **قال** الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذا اذا كان البائع وكيل الغائب فللشفيع ان ياخذ منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا **قال** واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن راها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه

فصل في الاختلاف قال وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان **قال** ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما انه لا تنافي بينهما فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع

انما ترك ذكر ذلك القيد اعتمادا على انفهامه من تعليل صورة التسليم

فصل في الاختلاف لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف بينهما وقدم الاولى لان الاصل هو الاتفاق **قوله** ولا نص هنا فلا يتحالفان قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام انما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار من الطرفين هناك فوجب اليمين لذلك في الطرفين ولم يوجب الانكار ههنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف هنا انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع وتحرير صاحب غاية البيان ايضا يشعر بذلك فانه لعد ما بين عدم وجوب التحالف هنا على نهج ما ذكره المصنف من قبل قال فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فلا جرم لم يجب التحالف انتهى اقول ليس هذا الشرح بصحيح لان وجود معنى الانكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين انما هو فيما اذا وقع الاختلاف قبل القبض واما اذا وقع بعد القبض فمعنى الانكار ههنا ايضا انما يوجد في طرف واحد وهو المشتري فكان التحالف في تلك الصورة مخالفا للقياس ولكنا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقد مر ذلك كله مستوفى في باب التحالف في كتاب الدعوى فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص ان لا يوجد معنى الانكار من الطرفين لانتقض ذلك قطعا بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض فالصواب ان وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو ان الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف وقد افصح عنه تاج الشريعة حيث قال وليس هذا في معنى ما ورد النص فيه بالتحالف من كل وجه لان ركن البيع وان وجد لكن بالنظر الى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به انتهى وقال الزيلعي في شرح هذه المسئلة من الكنز ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع القياس انتهى اقول الخلل في كلامه اشد واظهر فانه قال اولا لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لانه عرف بالنص ايضا فيما اذا كان الانكار والدعوى الا من جانب واحد كما اذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما صرح به قاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لان التحالف فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص وقال اخرا فامتنع القياس ولا يخفى ان امتناع القياس لا يقتضي امتناع الالحاق بدلالة النص فان كثيرا من الامور لا يجري فيه القياس ويصح اثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فمجرد امتناع القياس ههنا لا يتم المطلوب فحق العبارة ان يقال فلا يلحق به لعدم القياس والدلالة **قوله** وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا اقول لقائل ان يقول البينة انما تسمع من المدعي والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا ولهذا لا يتحالفان بالاتفاق كما مر انفا فلزم ان لا يصح بينة المشتري اصلا فضلا عن ان ترجح على بينة الشفيع كما قاله ابو يوسف ثم اقول يمكن الجواب عنه بان المشتري وان كان مدعى عليه لا مدعيا في الحقيقة الا انه مدع صورة حيث يدعي زيادة الثمن ومن كان مدعيا صورة تسمع بينته اذا اقامها كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع واقام عليه بينة على ما عرف في محله واما الحلف فانما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة الا يرى ان المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع فعجز عن اقامة البينة عليه فانما يجب الحلف على المودع

وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد واما المشتري من الحق فلما ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم قلنا ان يمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما هنا فبخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام **قال** واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قاله البائع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان كما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان كما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله **قال** ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع **قال** وان كان قبض الثمن اخذ بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

قال واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعد ما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع وان زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة في حق الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هذا **قال** ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعدد المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته **قال** واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فيأخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المشتري وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل

لكونه منكر الضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعي عليه برد الوديعة عليه مكان للمشتري فيما نحن فيه مجال اقامة البينة وان لم يجب على خصمه الحلف اصلا فرجح ابو يوسف بينته بناء على كونها اكثر اثباتا وبهذا التفصيل تبين ان قول صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام وجهتا ما ذكرنا مويدا ما ذكره قبله بقوله لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشتري ينكره ليس بسديد وعن هذا لم يحك عن ابي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا وانما حكي عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله ولهما انه لا تنافي الى آخره وبقوله ولان بينة الشفيع ملزمة الى آخره حكى اوليهما محمد واخذ بها وحكى ثانيهما ابو يوسف ولم يأخذ بها كما ذكروا في الشروح **قوله** وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه اقول لقائل ان يقول ان اريد ان الوكيل كالبائع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف في بعض الاحكام وان اريد ان الوكيل والموكل كالبائع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع والمشتري ايضا بمنزلة البائع والمشتري في بعض الوجوه كما صرحوا به قاطبة فلا يتم الفرق فليتأمل في الدفع **قوله** وبعد التسليم نقول لا يصح البيع الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما هنا فبخلافه اقول يرد على ظاهره ان البيع الثاني لا يصح هنا ايضا الا بفسخ الاول ضرورة عدم تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين لا بالفسخ الاول يدل على لزوم الفسخ هنا ايضا قول المصنف فيما قبل وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع حيث نفى ظهور الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه والجواب ان مراد المصنف بالفسخ في قوله لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما هنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والشفيع هنا لا الفسخ في حق المتعاقدين الذي لزم تحققه ضرورة في الفصلين معا هو الثاني دون الاول فمعنى كلام المصنف هنا ان الفسخ يظهر في حق الثالث هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين واما هنا فبخلافه اي لا يظهر في حق الثالث وثمرة هذا الاختلاف ان الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشتري من العدو بالثمن الثاني واما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشتري بأي الثمنين شاء فان قلت نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعا ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول اما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور الا بعد الاخراج الى دار الاسلام والاخراج اليها لم يكن الا بالبيع الثاني فافترقا وحل هذا المقام بهذا الوجه مما ابهم وعقد اهله الشراح مع التزامهم بيان الظواهر في كثير من المواضع والله اعلم

فصل فيما يؤخذ به المشفوع لما فرغ من بيان احكام المشفوع وهو الاصل لانه المقصود من حق الشفعة شرع في بيان ما يأخذ به المشفوع وهو الذي يؤديه الشفيع لانه ثمن والثمن تابع كذا في الشروح **قوله** وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه اقول كان الظاهر ان يقول بمثل ما يملك به لان الشفيع انما يتملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا بمثل المبيع الذي تملكه المشتري وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله اهل المدينة على ما ذكر في المحيط وفي الكافي والفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها ههنا ولقد احسن صاحب الكافي حيث قال ولنا ان الشفيع يتملك بمثل ما يتملك به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى انتهى **قوله** وليس الرضا به في حق المشتري رضى في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة قال صاحب العناية هذا دليل آخر تقديره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضى في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس برضى في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاء بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل وقال ولقائل ان يقول لما كان الرضى شرطا وجب ان لا تثبت حق الشفعة

الا بالذكر ولكن اعدنا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقد وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لقول ابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع **قال** واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير دارا وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فيأخذ في الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة **قال** وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا فللمسلم نصفها بنصف قيمة الخمر وللذمي نصفها بنصف مثل الخمر لاعتبار البعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشترى بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاع الرطب ياخذها بقيمة الرطب كذا هذا

لاتفاقه من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل الى هنا كلامه وقد اقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يخفى على ذوي فطرة سليمة ان ذلك ليس بدليل آخر بل انما هو تتمة الدليل السابق ذكر لدفع ما عسى يتوهم ان يقال شرط الاجل وان لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحا ولكن تحقق بينهما ضمنا من حيث ان الرضى بالاجل في حق المشتري رضى به في حق الشفيع ووجه الدفع ظاهر من قوله لتفاوت الناس في الملاءة فلا احتياج اصلا الى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقدير مقدمات يجعل ذلك دليلا مستقلا وايراد سؤال والتزام جواب بعيد عنه بل الاوجه المنقول بانه لابد في الشفعة من الرضى عند من احاط بمسائل الشفعة خبرا كيف وقد صرحوا بالجلاء فيه في مواضع شتى من كتاب الشفعة سيما عند قولهم ويملك الشفيع الدار اما بالتراضي او بقضاء القاضي حيث جعلوا قضاء القاضي مقابلا للتراضي واعتبر وكل واحد منهما سببا مستقلا للملك **قوله** ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان **قال** صاحب العناية قوله وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الى آخره يوهم ان الشفيع يملك ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن تحول ما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه انتهى واقتفى الشارح العيني اقول هذا خبط فاحش منهما مداره عدم الفرق بين ما اذا قبضها المشتري فاخذها الشفيع من يده وبين ما اذا لم يقبضها المشتري واخذها الشفيع من يد البائع فان الاختلاف في ان الدار المشفوعة هل تنتقل الى الشفيع بطريق تحول الصفقة ام بعقد جديد انما هو فيما اذا اخذها الشفيع من يد البائع قبل ان يقبضها المشتري واما فيما اذا اخذها الشفيع من يد المشتري بعد ان قبضها فلم يقل احد بان انتقالها الى الشفيع هناك بطريق تحول الصفقة ولا مجال له اصلا وانما هو بطريق عقد جديد بالاجماع ولقد نادى به المصنف في اواخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ انتهى والصواب ان قول المصنف ههنا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري اشارة الى صورة اخذها من يد البائع قبل ان يقبضها المشتري وقوله لما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من ان العقد ينفسخ في حق الاضافة الى المشتري وتتحول الصفقة والخصومة فيها من ان العقد ينفسخ في حق الاضافة الى المشتري وتتحول الصفقة الى الشفيع على ما هو المختار وان قوله وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان اشارة الى صورة اخذها من يد المشتري بعد ان قبضها وقوله لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا اشارة الى ان تملك الشفيع في هذه الصورة بعقد جديد كما نبه عليه في الباب المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض انتهى فكان كل من المسئلتين المذكورتين ههنا مطلقا لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على شيء منهما اصلا **قوله** وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع **قال** صاحب العناية قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال جواب عن قول ابي يوسف الآخر وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم انه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان المص لم يتعرض فيما قبل لدليل ابي يوسف الآخر كما ترى فالتصدي للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح المزبور بعيد جدا بل هو خارج عما عليه داب المصنف في نظائره واما ثانيا فلان منع كون المقصود به الاخذ كما ذكره الشارح المزبور في اول التقرير مما لا يفهم

فصل قال واذا بنى المشتري او غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض ببيعه وهبته وغيره من تصرفاته

من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الذات فكيف يصح حمل كلام المصنف عليه واما ثانيا فلان قوله ولئن كان فلا نسلم انه ليس متمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يودي الثمن حالا اما لا يكاد يصلح ان يكون جوابا عن دليل ابي يوسف الاخر في هذه المسئلة لان دليله على ما ذكر في المبسوط وفي شرح هذا الكتاب حتى الغاية نفسها ان الطلب غير مقصود لعينه بل للاخذ وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه وهو الاخذ بعد حلول الاجل او الاخذ في الحال بثمن موجل فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لانه لم يرفيه فائدة لا الاعراضه عن الاخذ انتهى ولا يذهب على ذي مسكة ان منع تمكنه من الاخذ في الحال بناء على تمكنه منه بان يودي الثمن حالا لا يجدي طائلا في دفع ما ذكر في دليله من انه في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه فان اداء الثمن حالا ليس على الوجه الذي يطلبه وليس بلازم له التبة بخلاف ابي يوسف في قوله الاخر فيما اذا لم يختر الشفيع اخذه بثمن حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمام ... من الاخذ في الحال بان يودي الثمن حالا جوابا عن ذلك والحق ان يحمل قول المصنف وهو متمكن من الاخذ في الحال الى اخره على تتميم دليل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بان يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي وكثير من الشراح اخذا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول ابي يوسف الاخر وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت بدليل انه لو اخذ بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى تبصر

فصل مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع اما بالزيادة او بالنقصان بنفسه او بفعل الغير فلما كان المتغير فرعا على غير المتغير كان جديرا بان يذكر في فصل على حدة **قوله** وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه قال صاحب النهاية في تفسير قول المصنف وهذا اي وهذا المدعي الذي قلنا وهو ان لا تكلف المشتري بقلع البناء انتهى وبذلك المعنى فسره سائر الشراح ايضا ولكن بعبارات شتى فقال صاحب العناية اي ما قلنا انه لا تكلف وقال صاحب الكفاية اي قول ابي يوسف ان لا تكلف المشتري قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية اي القول بعدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس وقال الشارح العيني اي ما قلنا من عدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس اقول لقائل ان يقول قد تلخص من جملة ذلك ان المشار اليه بكلمة هذا في قوله وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره اصل مدعي ابي يوسف فيلزم ان يكون قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره دليلا على ما كان قوله ولابي يوسف انه محق في البناء الى اخره دليلا عليه فينبغي ان يقول ولان في ايجاب الاخذ بالقيمة الى اخره على ما هو الطريق المعهودة عند تعدد الادلة والجواب ان من عادة المصنف في كتابه هذا انه اذا اراد ان يبين لمية المسئلة بعد بيان انيتها سلك هذا المسلك ايماء الى ان مفاد الدليلين مختلف من حيث الانية واللمية وان كان اصل المدعي واحدا وكانهما صارا دليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر منك فانه ينفعك في موارد ها وقد كنت نبهت عليه من قبل ايضا فلا تغفل **قوله** وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه اقول هنا كلام وهو ان المصنف قال قبيل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او بقضاء القاضي وبين ذلك وما قال هنا تدافع فان المتفهم مما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث يثبت الملك اولا للمشتري ثم ينتقل منه الى الشفيع بالتراضي او بقضاء القاضي وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري فما التوفيق والجواب ان المراد بما ذكره ههنا تقديم الشفيع على المشتري في الاستحقاق وبما ذكره هناك يقدم المشتري على الشفيع في التملك والتملك مغائر للاستحقاق ومؤخر عنه اذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة ان للشفعة حق الاثبات الاستحقاق والاستقرار والتملك وان الاول يثبت

باتصال

بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند ابي حنيفة رح لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب قيل ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري

باتصال التملك بشرط البيع والثاني بالاشهاد والثالث بالاخذ بالتراضي او بقضاء القاضي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين اذ كون الشفيع اقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري اقدم في التملك كما لا يخفى **قوله** بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة قال جماعة من الشراح ان قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيهما تسليطا من جهة اقول فيه بحث لان المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين احدهما قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لانه ان كانت علة كون حق الاسترداد فيهما ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق كان راجعا الى الوجه الاول فلا معنى لجعله وجها آخر معطوفا على الاول وان لم يكن علة ذلك كون التسليط فيهما من جهة من له الحق فلا يصلح ان يكون تعليلا للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندي ان قوله بخلاف الهبة الى آخره متصل بمجموع ما ذكر من وجه ظاهر الرواية فالمعنى ان مضمون هذا الوجه ما ليس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظرا الى قوله في وجه ظاهر الرواية من غير تسليط من جهة من له الحق ويكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظرا الى قوله فيه لان حقه اقوى من حق المشتري فيتم التعليلان معا بلا غبار وقال جمهور الشراح انما قيد بقوله عند ابي حنيفة رحمه الله لان عدم جواز الاسترداد البائع في الشرى الفاسد اذا بنى المشتري فيما اشتراه انما هو على قول ابي حنيفة واما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالتشفيع في ظاهر الرواية انتهى اقول لقائل ان يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشرى الفاسد ايضا فكيف يتم قياس ابي يوسف في دليله المذكور في مسئلتنا هذه بقوله وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا فان جواز الاسترداد في الشرى الفاسد ينافي قياس المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسدا في ان لا يكلف القلع كما هو مذهب ابي يوسف ههنا فان قلت يجوز ان يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور مجرد الاحتجاج على ابي حنيفة بمذهبه في الشرى الفاسد كما افصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من ابي يوسف على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لان تمام دليله المذكور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذكر بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح ان يكون لمجرد الاحتجاج على الخصم سيما على ابي حنيفة من هبه في الشرى الفاسد كما افصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله المشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من ابي يوسف على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة فقط ثم اقول الاوجه في التوجيه ان يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشرى الفاسد قولين احدهما ان للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل احكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما انه ليس للبائع ذلك كما قاله ابو حنيفة وقد نقله صاحب العناية هناك عن الايضاح حيث قال وذكر في الايضاح ان قول ابي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله الآخر مع ابي حنيفة انتهى وكذا لابي يوسف في مسئلتنا هذه قولان احدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن ابي يوسف انه لا يكلفه القلع الى آخره وهذا ما رواه عنه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله ابو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذكر في الكتاب بان قال فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وهذا رواية محمد عن ابي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن ابي مالك صرح بذلك كله ابو الحسن الكرخي في مختصره وذكر في غاية البيان واذ قد كان الامر كذلك فيجوز ان يكون قياس ابي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على احد قوليه في هذه المسئلة مبنيا على قوله الآخر من قوليه في مسئلة البناء بعد الشرى الفاسد وهو ان لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول ابي حنيفة فيها ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشرى الفاسد بقوله عند ابي حنيفة احترازا عن قول محمد وعن احد قولي ابي يوسف فيها وهو قوله الاول كما عرفته فتدبر **قوله** ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى قال صاحب غاية البيان هذا ايضاح لضعف حق الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد

والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع مسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه **قال** واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع حتى دخل في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل **قال** وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله **قال** وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا **قال** ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فيأخذه الشفيع **قال** وكذلك ان ابتاعها وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيعة **قال** فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه قال في الكتاب فان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن والله اعلم

انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة لا على مذهب ابي يوسف فكيف يحتج بمذهب ابي حنيفة على صحة مذهبه ولابي يوسف ان يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندي حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد انتهى اقول نظره ساقط جدا الا ان هذا الايضاح من متفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس ابي يوسف على الموهوب له والمشتري شراء فاسدا كما صرح به ذلك الناظر وغيره وقياسه على المشتري شراء فاسدا انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد للبائع بعد ان بنى المشتري شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور اثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما نبهنا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الآخر في مسئلة الاسترداد وهو كقول ابي حنيفة فليس له ان يقول هذا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة كما ذهب اليه ذلك الناظر في شرح ذاك المقام فلا شك في اندفاع الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح على مذهبه فلا معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب ابي حنيفة على صحة مذهبه واجاب صاحب العناية عن النظر المذبور بوجهين آخرين حيث قال قيل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي حنيفة فالاستدلال به لا يصح والجواب انه يكون على غير ظاهر الرواية اولانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر خلافهما انتهى كلامه اقول في كل من وجهي الجواب نظر اما في الاول فلان المصنف بصدد بيان وجه ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه المذكور في ذلك الصدد على غير ظاهر الرواية واما في الثاني فلان الظاهر ان الدليل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فانه المذكور دليلا على ذلك في موضعه دون غيره وقد جعله المصنف ههنا دليلا اول فكيف يبتني عليه تمام الدليل الثاني الذي كلامنا فيه تبصر تفهم **قوله** والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع وسلط عليه ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه اقول فان الاولى ان يقال ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع لا البائع ولا من المشتري ليعم ما اخذه من البائع وما اخذه من المشتري ويطابق قوله فيما قبل ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذ منه ولا على المشتري ان اخذه منه وعن هذا قال في الكافي ولا غرور في حق الشفيع لانه تملك عن صاحب اليد جبرا بغير اختيار منه وقال في النهاية نقلا عن المبسوط ولا غرور في حق الشفيع لا من جانب البائع ولا من جانب المشتري لانه تملك على صاحب اليد جبرا من غير اختيار فلا يرجع انتهى ورد صاحب الاصلاح والايضاح التعليل بالاخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على احد لا لانه اخذ جبرا حيث قال انما لا يرجع بقيمة البناء والغرس على احد لا لانه اخذ جبرا لانه لا يتمشى فيما اخذ بالتراضي بل لانه ليس بمغرور والمشتري انما يرجع على البائع لانه مغرور من جهته اقول ليس ذاك بشيء لان قيد الجبر مأخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب حتى ان ذلك الراد نفسه ايضا اخذ ذاك القيد في تعريفها حيث قال في متنه الشفعة تملك مبيع عقار جبرا بمثل ثمنه وفسر في شرحه قيد جبرا بمعنى يعم صورة الاخذ بالتراضي ايضا حيث قال يعني لا يعتبر اختياره لانه بغير عدم اختياره ولا يخفى ان توجيهه هناك هو التوجيه ههنا ولا يخل بالفرق بين المشتري مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك الفرق باعتبار الاختيار في الاول وعدم اعتباره في الثاني ولا يتوقف على اعتبار الاختيار

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي رح لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق **قال** ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك رح في ايجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار **قال** والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا **قال** واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر **قال** ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستاجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع

في الاول واعتبار عدمه في الثاني تامل تقف بقي شيء في كلام صاحب الاصلاح والايضاح وهو انه نفى كون مدار الفرق الجبر والاختيار وحكم بان مداره الغرور وعدم الغرور فلقائل ان يقول ان كان سبب الغرور في المشتري وعدم الغرور في الشفيع كون البائع مختارا وخصم الشفيع مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير الى ما نفاه وان كان سببهما غير ذلك فهو واضح سيما بين الشفيع الآخذ برضى خصمه وبين المشتري من البائع ويمكن الجواب بان يقال سبب غرور المشتري التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشتري مغرور من جهة البائع فيرجع عليه بالثمن وبقيمة البناء لدفع الغرور وذلك لان البائع التزم للمشتري السلامة انتهى والظاهر ان خصم الشفيع وان رضي باخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافترقا

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال كذا في الشروح **قوله** الشفعة واجبة في العقار قال جمهور الشراح العقار كل ما له اصل من دار او ضيعة اقول تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما يأباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به في كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار في معنى العقار اللهم الا ان يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة الوسطى لكن النكتة فيه غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلمة او مما لم يسمع قط ثم اقول قال الامام المطرزي في المغرب والعقار الضيعة وقيل كل مال له اصل من دار او ضيعة انتهى فلعل ما وقع في الحديث المذكور وارد على اول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وما ذكره جمهور الشراح ههنا مطابق التفسير الثاني منهما فكانهم اختاروه ههنا لكونه المناسب للمقام لان الشفعة كما تثبت في الضيعة تثبت في الدار ونحوها ايضا على ما صرحوا به ثم اعلم انه قال الجوهري في الصحاح في فصل العين من باب الراء والعقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ما له دار ولا عقار انتهى وقال في فصل الضاد من باب العين من الصحاح والضيعة العقار والجمع ضياع انتهى اقول في كلامه اختلال لانه فسر العقار اولا بما يشمل الاقسام الثلاثة وهي الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلزم تفسير الاخص بالاعم كما ترى

قوله ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه الصلوة والسلام لا شفعة الا في ربع او حائط اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان وجه الاستدلال بهذا الحديث هو انه عليه الصلوة والسلام حصر ثبوت الشفعة في الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن ويرد عليه ان مقتضى ذلك الحصر ان لا يثبت الشفعة في عقار غير ربع وحائط ايضا كضيعة خالية مثلا وليس كذلك قطعا فكيف يتم التمسك به فان قلت يمكن ان يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافي دون الحقيقي بان يكون المراد به قصر ثبوتها على ربع وحائط بالاضافة الى العروض والسفن لا قصره عليهما بالنسبة الى جميع ما عداهما فلا يرد المحذور المزبور قلت من اين يفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العروض فقط دون السفن ولا الى ما يعم شيئا ما سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في ايجابها في السفن كما ذكره المصنف فتامل

قوله واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد تقدم ان الشفعة انما يجب في العقار ومن شرطها ان تملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما ملك المشتري صورة في ذوات الامثال وقيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة

وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلات المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه **قال** او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقي الدار في يده فيزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه **قال** ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان تكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب ولا العوض شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع **قال** ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا اخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة اما للبائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية **قال** ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ

وهي انما يكون اذا كان العوض مالا فلا يتقدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب بل بالنشاء سبب آخر ولهذا لا يجب في الموهوب لانه لو اخذه اخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به التملك انتهى اقول لقائل ان يقول لم لا يجوز ان ياخذه بلا عوض بالسبب الذي تملك به المتملك وهو الهبة بلا عوض لا يقال لا يتصور الهبة بدون رضى الواهب بالتملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض فلا يملك الشفيع اخذه بلا عوض لانا نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضى المتملك وعن هذا قالوا ان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة فلا تاثير لحديث عدم رضى المتملك بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب والموروث وامثالهما ما ذكر في الكافي وغيره وهو ان الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال لانها تثبت بخلاف القياس بالآثار في معاوضة مال بمال فيقتصر عليها **قوله** وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها قال في العناية وهي مهر المثل واجر المثل في التزويج والخلع والاجارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق انتهى اقول في قوله وقيمة الدار نظر اذ الكلام في قيمة الاعواض التي جعلت بدلا للدار في الصور المذكورة الا في قيمة نفس الدار والعوض في صورة الصلح هو دم العمد فالواجب عند الشافعي قيمة دم العمد على زعمه لا قيمة الدار ولا يقال لما جعل دم العمد عوضا من الدار صارت قيمة الدار لانا نقول لو اقتضى هذا القدر ان يصير قيمة احد العوضين قيمة للآخر لكان قيمة الاعواض المذكورة في الصور المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منهما عوضا من الدار ولم يقل به احد بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية ايضا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاجمال ما قلنا قال كان الكلام في قيمة الاعواض لا في قيمة الدار والعبد فتامل انتهى اقول لم يصب في زيادة العبد والحاقه بالدار في المؤاخذة فان العبد ماخوذ في جانب الاعواض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فكون الكلام في قيمة الاعواض لا ينافي اعتماد قيمة العبد في صورة الاعتاق نعم العوض اعتاق العبد لا نفس العبد لكن من يجعل الاعتاق متقوما لا بد له من مصير الى قيمة العبد في تقويمه الكلام هنا على ان التحقيق من قبيل التفسيح من بعد **قوله** وكذا الدم والعتق غير متقوم قال في العناية انما افردهما لان تقومهما ابعد لانهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم انتهى اقول فيه بحث لان تمام التقريب على كون سائر الاعواض المذكورة مالا وان لم تكن متقومة وليس الامر كذلك فانها ايضا ليست باموال عندنا وقد افصح عنه قول المصنف فيما قبل وهذه الاعواض ليست باموال وقوله في باب المهر من كتاب النكاح ان المنافع ليست باموال على اصلنا والحق عندي في تعليل افرادهما ان يقال لانهما ليسا بمتقومين اصلا اي لا بالتقوم الضروري ولا بغير الضروري بخلاف ما سواهما من الاعواض المذكورة فانها متقومة بالتقوم الضروري كما مر آنفا **قوله** وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده قال في النهاية بهذه الحوالة في حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها الى آخره وقيل اذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال رائجة كانت في حق الاشكال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز ان يكون اوضحه في كفاية المنتهى كذا في العناية اخذا من معراج الدراية اقول لا يذهب عليك ان قوله والا نعيده يابا عن ان يكون مراده بقوله اوضحناه في البيوع ايضاحه في بيوع كفاية المنتهى لان ذكر شي في كتابه هذا بعد ان ذكره في كفاية المنتهى لا يعد اعادة والا لزم ان يكون اكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل الاعادة لكونها مذكورة في كفاية المنتهى **قوله** ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها قال صاحب العناية وفي قوله من

وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه **قال** فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت بجنبها دار وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا استردها بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت الماخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا **قال** واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة **قال** واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصد الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث

ابتاع دارا شراء فاسدا التلويح الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لان الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا فحق الشفعة باق على حاله انتهى قال بعض الفضلاء في بيان وجه التلويح حيث اتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث لا الاستمرار انتهى اقول هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد لما يوجد فيما اذا وقع في ابتداء العقد لوجد ايضا فيما اذا وقع بعد انعقاده صحيحا بل الحدوث في الصورة الثانية اظهر واجلى لان الفساد يحصل فيها بعد ان لم يكن في ابتداء العقد واما في الصورة الاولى فهو حاصل في الابتداء والانتهاء ففيها استمرار الفساد بالنسبة الى الصورة الثانية فمجرد الاتيان بالجملة الفعلية ان لم يكن ملوحا الى الثانية فلا اقل من ان لا يكون ملوحا الى الاولى والصواب ان وجه التلويح الى ذلك هو انه جعل قوله شراء فاسدا قيدا للابتياع الذي هو اصل العقد فعلم به ان المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطاري وهذا مما لا سترة به **قوله** وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد واعترض عليه بانه لم لا يجوز ان لا يثبت المفسد في حق الشفيع لئلا يلزم تقرير الفساد وان يثبت في حق المشتري كما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشترى بشرط الخيار في حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع واجيب عنه بان فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه او لفساد في نفسه كجعل الخمر ثمنا فلو اسقطنا العوض لفساد فيه لبقي البيع بلا ثمن وهو فاسد ايضا فلا يمكن الانفكاك عن مفسد فلا يثبت الشفعة هناك واما الخيار فانما يثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين اذ هو للتامل والتروي فباسقاطه في حق الشفيع لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خيار هذا زبدة ما في الشروح واورد بعض الفضلاء على قولهم فلو اسقطنا العوض لفساد فيه لبقي البيع بلا ثمن حيث قال فيه بحث اذ لا حاجة الى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر فتدبر انتهى اقول ليس هذا بشيء لان شيئا من اسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض مما لا يتصور اما الاول فلان اسقاط الشرط المفسد الراجع الى العوض في عقد المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعي اسقاط نفس العوض المعين في ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه واما امكان عام اسقاط ما يصلح ان يكون عوضا في مطلق البيع فغير مفيد لان الشفيع انما يستحق اخذ المشفوع بالثمن الذي اخذ به المشتري لا بمطلق جنس الثمن واما الثاني فلان اعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخمر ليس بمال متقوم عند اهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له واما في البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالا متقوما عندهم لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع والكلام هنا في البيع الفاسد فلا معنى لايراد المذكور اصلا واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال صاحب العناية ولانها لو وجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان كون القاسم جارا بعد الافراز لا يقتضي ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا اقل من كونه معه وقد تاخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الافراز الذي به يزول ملك كل واحد من المقتسمين عن الجزء الشائع في حصة الاخر واما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الاخر الذي لم يتحقق في حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب وقال صاحب غاية البيان لانه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لانه شريك والشريك اولى من الجار ولا يجوز ان يقدم الجار على الشريك انتهى اقول فيه ايضا نظر اما اولا فلان المقاسم انما كان شريكا قبل الاقتسام واما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك واما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما يتصور و يبطل

ومراده الرد بالعيب بعد القبض لانه قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولاشفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لاشفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضاء فيما يتعلق به تمامه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه اعلم

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم

لو ثبت لذلك الشريك واما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما يتصور ويطلب لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة واذا لم يثبت له حقها لمانع كما فيما نحن فيه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك في استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك الاترى انه اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها اخذها الجار لسقوط حق الشريك كما مر في اوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه ان يقدم الجار على الشريك فما ظنك فيما نحن فيه **قوله** ومراده الرد بالعيب بعد القبض قال جماعة من الشراح اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه انتهى وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية وفيه كلام وهو انه يمكن ان يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتامل انتهى كلامه يعني يمكن ان يقال من جانب هؤلاء الشارحين ان مراد صاحب الهداية بحمل قول القدوري او بعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة كلام القدوري عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخا من الاصل لم يثبت به حق الشفعة اصلا سواء كان بقضاء او بغير قضاء فلو لم يكن المراد بقوله او بعيب بقضاء قاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله هنا قوله فيما سبق اقول الحق ان مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية فان ما ذكره ذلك البعض ساقط اما الاول فلانه لو كان مراده ما ذهب اليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدوري وان رد بالعيب بغير قضاء الى اخره بل كان ينبغي ان يذكره قبله اما بيان قوله ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة لمدرية باساليب كلام الثقات سيما المصنف واما الثاني فلان عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدوري او بعيب بقضاء قاض عاما شاملا لصورتي القبض وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض افراد الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصونا عن اللغو وغير مخل بعمومه فرد اخر ايضا اذا لم يكن ذلك القيد منافيا لعمومه ذكر الفرد الاخر هناك كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض ايضا غاية الامر ان تاثير القضاء في ثبوت حق الشفعة انما يظهر فيما بعد القبض تامل

باب ما يبطل به الشفعة لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة **قوله** واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا مبطلا للشفعة وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة ان الاشهاد ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد وكذلك ذكر في الذخيرة وغيرها ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر اصحابنا الاشهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو انكر المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع من اثباته لا لانه شرط لازم ولما لم يكن الاشهاد شرطا لازما لم يكن تركه مبطلا للشفعة فما وجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل ان يريد بهذا الاشهاد نفس طلب المواثبة ولكن لما كان طلب المواثبة لا ينفك عن الاشهاد في حق علم القاضي سمي هذا الطلب اشهادا والدليل على هذا ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية واكتفى تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الاشهاد المذكور ههنا بطلب المواثبة حيث قالا واذا طلب الشفيع الاشهاد اي طلب المواثبة واستغنيا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكلية وفسره صاحب العناية ايضا بما فسراه به ولكن قال بعده وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس

قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط

بشرط فان ترك ماليس بشرط في شئ لا يبطله ويعضده قول المص من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة وقوله ههنا لاعراضه عن الطلب الى ههنا كلامه اقول فيه خلل لانه جعل قول المصنف ههنا لاعراضه عن الطلب نصا اى معنيا لكون المراد بالاشهاد المذكور في الكتاب ههنا نفس طلب المواثبة صحيح اذ لو كان الاشهاد ههنا على معناه الظاهر لقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لاعراضه عن الاشهاد دون ان يقول لاعراضه عن الطلب وهو الذى اشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما والدليل عليه ماذكره من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ماذكره من التعليل ههنا انتهى واما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة عاضدا ايضا لذلك فليس بصحيح اذ لا يذهب على ذى مسكة ان مراد المصنف هناك بقوله المذبور هو ان المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب المواثبة لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب اشهد طلب المواثبة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على احد والمفسر ههنا بطلب المواثبة نفس الاشهاد فاين هذا من ذلك وكيف يتصور ان يكون احدهما عاضدا للآخر

قوله وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وماليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو ان يعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمتك شفعة هذه الدار ان اجرتنيها او اعرتنيها فبالفاسد وهو ماذكر فيه المال اولى انتهى كلامه اقول هذا شرح سقيم غير مطابق للمشروح لانه وزع تعليل المصنف بقوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الى آخره الى قوله بطلت الشفعة والى قوله ورد العوض بطريقة اللف والنشر المرتب ولا يخفى على ذى فطرة سليمة متامل في كلام المصنف بادنى تامل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعا معنى القيام يرشد اليه جدا التفريعان المذكوران في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع اعني قوله فلا يصح الاعتياض عنه في الاول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط في الثاني تبصر واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى حيث قال ولنا فيه نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط الا يرى الى ما قال محمد في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره او قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط لا ينزل الا بعد وجود الشرط فلا ينزل التسليم انتهى قال الشارح العيني بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخرج هذا النظر الغير الوارد من قول الشيخ ابى المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب ان لا تبطل شفعته ايضا لانه انما ابطل حقه بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب ان لا تبطل كما في الكفالة اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى بريء من الكفالة لما لم يجب العوض لم يثبت البراءة قيل له بان المال لا يصلح عوضا عن الشفعة فصار كالخمر والخنزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد ثم يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المرأة والقاتل ولم يجب شئ كذا ههنا واما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ماذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة

وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي اخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه **قال** واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته **قال** واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال **قال** ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له لا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري **قال** واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول ولتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية

والحوالة من المبسوط في رواية ابي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الكفالة الحوالة من المبسوط في رواية ابي سليمان لا يبرأ ويحتاج الى الفرق والفرق ان حق الشفيع قد سقط العوض معنى فان الثمن سلم له فانه متى اخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فمتى سلم له الثمن فقد سلم له نوع عوض بازاء التسليم فلا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة فاما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض اصلا فلا يسقط حقه في الكفالة انتهى ومن هذا الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور الى هنا لفظ شرح العيني اقول لا يذهب عليك انه لا يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ ابي المعين الجواب عن النظر المزبور بل لا مساس له بذلك لان ما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ ابي المعين متعلق باصل المسئلة والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله والتعليق اسقاطه بالجائز من الشرط فاسد بها بمعزل عن الآخر كيف لا وقد ذكر صاحب العناية اولا كلام الشيخ ابي المعين بتمامه نقلا عنه حيث قال واورد الشيخ ابي المعين النسفي في شرح الجامع سؤالا وجوابا في هذا الموضع فقال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب ان لا يجب شفعته ايضا الى آخر كلامه ثم اورد نظره المذكور في حاشية اخرى ولم يجب عنه فبينهما بون لا يخفى ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح او لم يبطل الشفعة لان ذلك على وجهين احدهما ان يصالحه على اخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لفقد الاعراض والثاني ان يصالحه على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانا لا نسلم ان في قوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح او لم يبطل الشفعة اذ لا يتصور اشارة قوله المذكور الى ذلك الا بطريق مفهوم المخالفة ولا شك ان مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو يعم بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض اصلا اذ لا يصلح شيء منها لان يكون عوضا فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وان مفهوم قوله في جواب المسئلة بطلت الشفعة ورد العوض يعم ايضا ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة ايضا فمن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الاشارة الى خصوص ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح او لم يبطله الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما بعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وعامة المعتبرات لكن الكلام في عدم تمام اشارة عبارة الكتاب اليه كما ادعاها صاحب العناية واما ثانيا فلان تعليل جواز الصلح في الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الاعراض مما لا يكاد يتم لان فقد الاعراض متحقق في الوجه الثاني منهما ايضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصة المشروطة في الصلح على ما نص عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الاول ان يقال لكون الحصة معلومة تدبر قوله وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا اشار به الى قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه كذا في الشروح قال بعض الفضلاء وانت تعلم ان ما بينه لا يفي بتمام المدعى هنا اذ لا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة اخرى انتهى اقول نعم لا اسقاط في البيع الحقيقي واما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس ببيع حقيقة يعرف ذلك بما بيناه من قبل وهو قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه فانه اذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن بيعا حقيقيا لانه من المعاوضات المالية ولم يكن ايضا شيئا من المعاوضات اصلا فلا جرم كان اسقاطا فتم به المطلوب هنا وعن هذا قال في المبسوط لو باع شفعته بمال كان تسليما لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها انتهى **قوله** واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة قال صاحب النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها

قال وإذا قيل له إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه

اقل مما اشتري من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا لان اطلاق ما ذكره في المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال في المبسوط وكذلك لو اخبر ان الثمن عبد او ثوب ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على شفعته ولم يتعرض ان قيمة المكيل والموزون اقل من قيمة الذي اخبر به او اكثر لكن تعليله دال عليه وكذلك ما ذكره في الايضاح من الاطلاق، والتعليل دال عليه وبهذا ايضا استدل في الذخيرة بما ذكره في المبسوط وقال لو اخبر ان الثمن شيء هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الائمة السرخسي ثم قال فعلى هذا القياس لو اخبر ان الثمن الف درهم فاذا ظهر انه مكيل او موزون فهو على شفعته على كل حال الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها اقل مما اشتري من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر اقل اولى انتهى اقول ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها الف او اكثر غير مفيد فانه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها الفا او اكثر او اقل كان التقييد بكونها الفا او اكثر غير مفيد قطعا فان لم يكن مخلا بناء على ايهامه في بادي الراي تقييد الحكم ايضا فلا اقل من كونه مستدركا وان عد السلوك مسلك الدلالة بالاولوية امرا مهما في هذا المقام كفى ان يقال قيمتها اكثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح فيما اذا ظهر اقل منه او مساويا له اولى فلا مخلص من استدراك احد القيدين

قوله واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار يعني لتفاوت الناس في الجوار فالرضي بجوار هذا لا يكون رضي بجوار ذلك كذا في الكافي قال محمد رحمه الله في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا ينزل الا بعد وجوده انتهى وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ما قاله محمد في الجامع وهذا كما ترى يناقض قول المص فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى انتهى ولا يخفى ان كلام صاحب العناية خلاصة النظر الذي اورده الشارح الاتقاني فيما تقدم على قول المصنف ونقلناه عنه وذكرنا ما يتعلق به من الكلمات هنالك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وانت خبير بانه فرق ما بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكر ههنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع اداء ما اشتري به الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدرة له على اخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتامل انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد لان حاصله حمل الشرط المذكور في كلام المص فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذي يدل على الاعراض وحمل الشرط المذكور في كلام الامام محمد في الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط لا يدل على الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيئا من كلاميهما لا يساعد ذلك اصلا اما كلام المصنف فلانه قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى ولا شك ان اولوية عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز المخصوص لجواز ان يكون لخصوصه حالة مانعة عن التعليق لم يوجد تلك في الفاسد واما كلام الامام محمد فلانه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى ان ما يتفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطا محضا انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقا لا صحة تعليقه بشرط معين سيما

فصل قال واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا **قال** واذا ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير **قال** ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف وتكره عند محمد لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة **مسائل متفرقة قال** واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بين ما اذا كان قبل القبض او بعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقط يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى

الشرط الذي لا يدل على الاعراض فان كونه اسقاطا يقتضي الاعراض دون عدم الاعراض تامل تقف

فصل لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل لاحتمال ان يكون الجار فاسقا يتاذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاسقا يتاذى به فاحتيج الى بيانه كذا في العناية وغيرها والمكان يجب على ظاهر هذا التوجيه ان البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالبيع فيحصل به الخلاص له من اذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج الى استعماله الاسقاط شفعة تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قيد قول صاحب العناية يتاذى به في قوله لاحتمال ان يكون الجار فاسقا يتاذى به بان قال في استيفاء الثمن وقال ويجوز ان يقال ذلك اذا كان للبائع دار اخرى وراء داره المبيعة فتدبر انتهى اقول الاظهر عندي ان يقال المقصود من اسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذي يتاذى به دفع تاذي الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق لا دفع مجرد تاذي نفس البائع ولا يذهب عليك ان هذه الفائدة مما يتحقق في كثير من الصور بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر **قوله** والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينارا حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير **قال** صاحب النهاية وبيان ذلك ما ذكره في شفعة فتاوى قاضيخان فقال ومن الحيلة بانه اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين الفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسمائة ويقبض بالباقي عشرة دنانير او اقل او اكثر فلو اراد الشفيع ان ياخذها بعشرين الفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحق الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت الدار ظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كما لو باع الدينار بالدراهم التي للمشتري على البائع ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في بيان معنى كلام المصنف هذا بذلك المعنى المذكور في فتاوى قاضيخان الا انه لم يتعرض لكون ذلك مذكورا فيها بل جعله شرحا محضا لكلام المصنف هذا حيث قال وقوله والاوجه الى آخره تقريره اذا اراد ان يبيع الدار بعشرة آلاف درهم الى آخره ما ذكر في النهاية معزيا الى فتاوى قاضيخان اقول لا يذهب على ذي فطنة ان معنى كلام المصنف هذا ليس عين ما ذكر في فتاوى قاضيخان وفي الشرحين المزبورين فان معنى كلامه ان يباع بكل الدراهم التي من الثمن دينارا ومعنى ما ذكر فيها ان يقبض بعض منها ويباع بالباقي دنانير وعن هذا قال المص فيما اذا استحق المشفوع فيجب رد الدينار لا غير وقالوا ثمة لا يرجع المشتري بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه نعم كلا المعنيين مشتركان في ان يعما الجوار والشركة وان لا يتضرر بائع الدار فيهما لعدم لزوم رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار في شيء منهما فصار احدهما نظير الآخر في الحيلة لا عينه فلا يصلح احدهما لان يكون بيانا وشرحا للآخر كما لا يخفى **قوله** ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله **قال** في العناية اخذا من النهاية ومعراج الدراية اعلم ان الحيلة في هذا الباب اما ان تكون للدفع بعد الوجوب او لدفعه فالاول مثل ان يقول المشتري للشفيع انا اوليها لك فلا حاجة لك في الاخذ فيقول نعم فيسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشائخ غير مكروه عند ابي يوسف مكروه عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب وبهذا لقائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكوة ومنهم من قال لا يكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف في فصل الزكوة انتهى اقول في هذا التقرير شيء وهو انه اما ان يراد بالاجماع والاختلاف في قوله وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه اجماع المجتهدين واختلافهم

قال ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري أو يدع لأن القسمة من تمام القبض لما فيها من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وإن كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم إطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إنما يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لأنه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر **قال** ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا إذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لأن الأخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لأنه مفيد لأنه يتصرف للغرماء وإذا لم يكن عليه دين فلا شفعة له لأنه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له **قال** وتسليم الأب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته إذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان إبطاله كديته وقوده ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضرارا به ولهما أنه في معنى التجارة فيملكان تركه ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبي صح رده من الأب والوصي ولأنه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كإبطالهما لكونه دليل الإعراض وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالإجماع لأنه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يصح التسليم منهما أيضا ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله

كتاب القسمة

قال القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة لأن النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازا والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن

في نفس المسألة ايراد بذلك الاجماع المشائخ واختلافهم في الرواية ايا ما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب اما على الاول فلان القطع بكون الثاني مختلفا فيه لا يكون تاما حينئذ لان اختلاف الاجتهاد في الثاني انما كان على قول بعض المشائخ من الرواة واما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وانما الخلاف بينهم في فصل الزكوة كما ذكره واما على الثاني كما هو المتبادر من قوله قال بعض المشائخ غير يكره الى آخره فلان القطع بكون الاول مكروها لا يصح حينئذ لان شمس الائمة السرخسي روى عدم كراهة الاحتيال في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل والاستعمال بهذه الحيل لابطال حق الشفعة لا باس به اما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به فانما قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول ابي يوسف واما عند محمد فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء وللمنع من وجوب الزكوة انتهى وقال الامام قاضيخان في فتاواه ذكر محمد رحمة الله عليه في الاصل الحيلة في اسقاط الشفعة ولم يذكر الكراهة قالوا على قول ابي يوسف لا يكره وعلى قول محمد تكره منهما بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكوة ولمنع الاستبراء وعلى قول ابي يوسف لا يكره وقال بعض مشائخنا يكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتيال لابطال حق واجب وقيل لوجوب كالمحار فاسقاطها يتأذى ... وقال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي لا باس بالاحتيال لابطال حق الشفعة على كل حال اما قبل وجوب الشفعة فلا شك كما لو ترك اكتساب المال لمنع وجوب الزكوة وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتيال ايضا لانه احتيال لدفع الضرر عن نفسه لا الاضرار بالغير فظاهر ما ذكر في الكتاب دليل على هذا الى هنا لفظ فتاوى قاضيخان

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لما ان اقوى اسباب الشفعة الشركة فاحد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة هذا زبدة ما في عامة الشروح وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك ولان القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها الى قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنفي يقتضي سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة والمضادة والمتضادان يفترقان ابدا مع تقدم المثبت على المنفي كما في الامر والنهي والنكاح والطلاق انتهى اقول فيه بحث لان كون القسمة منافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة انما يتمشى على اصل الشافعي فانه لم يجوز الشفعة بالجوار واستدل عليه بالحديث المذكور واما على اصل ائمتنا فلا لانهم جوزوا الشفعة بالجوار ايضا واستدلوا عليه باحاديث اخرى واجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بان آخر الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فمعناه نفي الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق فان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع ان يشكل انه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين عليه الصلوة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في اوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية فما معنى بناء وجه المناسبة ههنا على ما هو المزيف هناك ثم ان القول بان النفي يقتضي سبق الثبوت ينافي ما يقرر في المعقولات من ان السلب لا يقتضي وجود الموضوع والى القول بان المتضادين يفترقان ابدا مع تقدم المثبت مع المنفي ممنوع الا ترى الى قوله تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحيوة

ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة

ونحو ذلك كيف يقدم المنفي هناك على المثبت قال صاحب العناية وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان اصل انتهى اقول فيه نظر وهو انه كما ان في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشيوع على حاله وان زال ملك احد الشريكين كذلك في القسمة ابقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك احد الشريكين في البعض على حاله وان زال الشيوع بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكروا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من ان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم ابقائه باع فوجب عنده الشفعة فيكون بقاء ما كان اصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للابتساء وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين وسببها طلب احد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها ان لا يفوت منفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما اشبه ذلك **قوله** ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه ان ما ياخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما كذا في العناية اقول ههنا اشكال وهو انه قد علم مما ذكرنا في الكتاب والشروح ان القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال او في غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فما ياخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل صورة بالنظر الى البعض الذي كان ملكه افرازا وبالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر ان البعض الذي ياخذه كل واحد منهما عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمثل بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الامثال فلم يكن اخذ ذلك بمنزلة اخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه ان لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك ان اخذه هذا البعض افراز لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر الى ما ياخذه كل واحد منهما من عين حقه افراز بدون المبادلة وبالنظر الى ما ياخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان معنيا الافراز والمبادلة فيه متساويين فمن اين ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه قاطبة بخلاف ما قالوا في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات من ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح لان اخذ كل واحد منهما فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة واخذ كل واحد منهما فيها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة اخذ عين حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين واخذ المثل بيقين يجعل كاخذ العين حكما كما في القرض فتحقق فيها معنى الافراز بالنظر الى البعض الآخر ايضا فكان هو الظاهر فيها والحاصل انهم لو قالوا معنى الافراز ظاهر في ذوات الامثال وغير ظاهر في غير ذوات الامثال بل معنيا الافراز والمبادلة سيان فيه لكان الامر حسنا ولما قالوا معنى المبادلة ظاهر في غير ذوات الامثال اشكل ذلك كما ترى وذكر صاحب النهاية وجها آخر البسط مما ذكر في العناية لظهور معنى المبادلة في غير ذوات الامثال ناقلا عن المغني حيث قال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المغني وغيره فقال في المغني واما القسمة في غير ذوات الامثال فشبهة المبادلة فيها راجح لانها افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه اما الحقيقة فظاهر واما الحكم فلان نصف ما ياخذ كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة واخذ المثل كاخذ العين حكما وكان افرازا الا ان ما ياخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين لان المقسوم

الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم

قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر

ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا يثبت المعادلة بيقين فالافراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بحقيقة الى هنا كلامه اقول لا يذهب عليك ان الاشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لانه انما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما يأخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقق رجحان ذلك في المقسوم كله كيف وما يأخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الا الافراز محض لان معنى الافراز ان يقبض عين حقه واخذ كل واحد منهما النصيب نفسه قبض لعين حقه لا غير والمدعى رجحان المبادلة في القسمة الشاملة لجميع اجزاء المقسوم في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك اذ لا شك ان اخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه افراز محض واذا كان اخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه اخذ المثل ما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة وكان اخذ ذلك المثل كاخذ العين حكما فكان افرازا كما صرح به في الوجه المذكور كان معنى الافراز في ذلك ظاهرا وراجحا لتحققه في جميع اجزاء المقسوم وتحقق المبادلة في بعضها كما تحققته قوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد هذا جواب عن سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما اجبر الآبي على القسمة في ذوات الامثال كذا في عامة الشروح اقول هنا ايضا اشكال وهو انه ان اريد بقوله لان فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي يأخذ احد الشركاء بعين حقه فلا يجدي نفعا في دفع السؤال اذ يبقى الكلام حينئذ في الاجبار على اخذ النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه وبناء على ما قالوا وان اريد بذلك ان فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان لصاحبه ويأخذه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم لقوله لتقارب المقاصد فذاك ينافي ما تقدم من القول بان معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا شك في تحقق معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي يأخذه احد الشركاء بعين حقه واذا تحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر ايضا كان معنى الافراز فيه ظاهرا جدا فاني يتصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل ثم اقول لو قال المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سالما عن هذا الاشكال وكان مناسبا لا محالة لقوله لتعذر المعادلة في تعليل عدم الاجبار على القسمة فيما اذا كانت اجناسا مختلفة كما سيأتي تبصر تقف قوله والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين يعني انه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بامثالها على ما عرف فصار ما يؤدي المديون بدلا عما في ذمته اقول لقائل ان يقول جريان الجبر في قضاء الدين لكون ما اخذه الدائن من البدل مثل ما ثبت في ذمة المديون بيقين وقد صرحوا بان اخذ مثل الحق بيقين بمنزلة اخذ العين وعن هذا جعلوا اخذ المثل في القرض كاخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما يأخذه احد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر فمن ذلك نشأ السؤال المقدر واحتيج الى الجواب الذي نحن بصدده فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما قوله ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة شرط بالنص انتهى اقول هذا الشرح غير مطابق للمشروح وليس بتام في نفسه لانه ان اراد ان القسمة في مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر ان القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز الا ان معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة

معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وبقدر علمه يفوض اليه بلا تحكم والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة لانه من جنس عمل القضاء
ولانه لابد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا
جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه قال ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال واجرة القسمة
على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشترك ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة ان الاجر مقابل بالتمييز
وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان كان لا
للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها
عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا انه ميراث
قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة
الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى
ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت القسمة قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه
يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار محصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير

هو الظاهر في غيرها وان اراد ان المبادلة في قسمة مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم لكن الامر كذلك في قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الامثال مع ان التراضي ليس بشرط فيها على ان كون التراضي شرطا في التجارة بالنص يدل على كون ذلك شرطا في قسمة مختلف الجنس ايضا لان قسمة ليست في معنى التجارة من كل الوجوه اذ القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز التبة بخلاف التجارة فكيف تلحق احدهما بالاخرى والحق عندي ان معنى كلام المصنف ههنا هو انهم لو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم لا دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الاجناس لخوف ان يبقى حق احدهم على الآخر لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد واذا تراضوا على ذلك فقد اسقط كل واحد منهم حقه الباقي على الآخر فصحت القسمة بلا ريب انظر الى هذا المعنى الاوضح هل يشبه بما ذكره ذلك الشارح **قوله** معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص اقول لان النفع لهم على الخصوص ينافي بحسب الظاهر قوله فيما مر آنفا ولان منفعة نصيب القاسم تعم العامة فيكون كفاية في مالهم غرما بالغنم فتامل في التوفيق **قوله** ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة قال تاج الشريعة ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية ورد هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته فان صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلا عالما بها قال ذلك البعض لم يقل عدلا مامونا عالما بها كما وقع في الهداية لان الامانة من لوازم العدالة وقال والتوجيه بجواز ان يكون غير ظاهر الامانة كما وقع في الكفاية ليس بتام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اقول المذكور في الهداية نفس العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الامانة لا يقتضي استدراك ذكر الامانة الا بها ظهورها فان قلت فلم لا يجوز ان يراد بالعدالة ظهورها كما اريد في الامانة حتى يستغني بذكر العدالة عن ذكر الامانة بالكلية قلت ارادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لا تفهم من لفظها وحده بدون القرينة واما ارادة ظهور الامانة من لفظ الامانة الواقعة في الكتاب فبقرينة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الامانة نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله عدلا لحصل الغنى عن ذكر الامانة لكن مراد هؤلاء الشراح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لا نفي مجال افادة المعنى المقصود ههنا بعبارة اخرى اخصر مما وقع في الكتاب **قوله** وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه يقبل البينة عليه مع اقراره قال بعض الفضلاء وانت خبير بانه لا اولوية لاحد الورثة بان يكون مدعيا وللآخر بكونه مدعى عليه وكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لهم حتى يقيموا البينة على الموت وعدد الورثة تهم يجعلون احدهم مدعيا لتحصيل مقصودهم الى هنا كلامه اقول لا استشكاله شيء ولا جوابه اما اولا فلان للقاضي ولاية التعيين في امثال هذا المقام تحصيلا للمقصود وهم لتحصيل الجهالة تبعيته وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسئلة فالقاضي يسمع البينة ويقيم الذي ويجعل احد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه على ان لكل واحد من الورثة الحاضرين صلوحا لان يكون مدعيا في حق دعوى نفسه على الآخر ومدعا عليه في دعوى الآخر فكل منهم يصير مدعيا ومدعى عليه من حيثيتين مختلفتين ونظير ذلك اكثر من ان يحصى في مسائل الفقه فلا يتوهم الجهالة حينئذ اصلا واما الثاني فلان مقتضاه ان يتوقف استماع القاضي البينة وقسمة الدار بينهم على جعلهم احدهم بعينه على التعيين مدعيا ولم يسمع ذلك من احد ولم ير في شيء من الكتب فانهم ان لم يعلموا معنى المدعي والمدعى عليه اصلا فضلا عن ان يعلموا مثل هذه الدقيقة المعتبرة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصما عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالاجماع بعد ان اقاموا البينة على موت المورث وعدد الورثة كما هو المفهوم من كتب الفقه باسرها **قوله** وفي الجامع الصغير

ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما قال في العناية اعاد

قال وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه بينهم لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير فإنهم ما أقروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما ثم قيل هو قول أبي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الأصح لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز **قال** وإذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لأن فيه نظرا للغائب والصغير ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضا خلافا لهما كما ذكرناه من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين أما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وكذا إذا كان في يد مودعه وكذا إذا كان في يد الصغير لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب **قال** وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم إذا أقيمت البينة وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل وإن كان ينتفع أحدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لأن الأول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه يندرج فيما ذكرناه والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول وإن كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها وتجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر

لفظ الجامع الصغير لأنه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في أيديهما ملكا لغيرهما فإنهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وأن يكون مشترى فيكون لهما لأن الأصل أن يكون الأملاك في يد مالكها فلا يقسم احتياطا انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن قوله لأن الأصل أن يكون الأملاك في يد مالكها شديد منافاته ومخل بالمقام لأن قضية كون الأصل أن تكون الأملاك في يد مالكها ترجح كون ما في أيديهما ملكا لهما فينبغي أن يقسم بدون إقامة البينة أن أجاب مسألة الجامع الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى وأن يترك تلك المقدمة في تعليل مسألة الجامع الصغير وإنما يحتاج إليها في بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مرت من قبل واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فإنهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا إلى آخره حيث قال فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون لهما ملكا لا إرثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فإن في الأولى ادعوا الملك انتهى أقول يمكن دفع ذلك بأنه إن أراد أن المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما أصلا لا غير فهو ممنوع قوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له غير تام فإن عدم التعرض لشيء لا ينافي تحققه في الواقع وإنما ينافي التعرض بتعيينه كيف ولو لم يكن الملك لهما احتمالا أصلا لما جاز سماع البينة له وإن أراد أن ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذي ذكره صاحب العناية لأن مجرد احتمال أن يكون ميراثا وأن يكون مشترى يكفي في أن لا يقسم بدون البينة احتياطا ثم إن هذا كله على تقدير استدراك قول صاحب العناية لأن الأصل أن يكون الأملاك في يد مالكها لإخلاله بالفرق بين الروايتين كما نبهنا عليه آنفا وأما على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكا لهما أصلا لدلالة ثبوت أيديهما على أن ما فيهما ملك لهما ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكا لهما هو الاعتماد على دلالة ذلك عليه فتدبر قوله وقيل قول الكل وهو الأصح لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه وقسمة الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز يعني أن القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لأجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج إليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر إلى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز كذا في العناية أقول لقائل أن يقول إن هذا التقرير يقتضي أن لا تجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيما إذا ادعوا الشراء أيضا في العقار مع أنه قد سبق أنه تجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق ويقتضي أيضا أن لا تجوز القسمة بدون البينة عند أبي يوسف ومحمد أيضا فيما ادعوا الإرث في العقار مع أنه قد سبق أيضا أنهما يقولان بجوازها فيه بمجرد اعترافهم ثم أقول يجوز أن لا يكون مراد المصنف بقوله ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من أنه لا ملك بدون البينة لانتقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل وبصورة ادعائهم الإرث أيضا على قولهما كما نبهت عليه آنفا بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك له في دعواهما أي لم يدعيا الملك ولم يتعرضا له أصلا في رواية الجامع الصغير بل إنما ادعيا أنها في أيديهما وأقاما البينة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فإنهم ادعوا هناك صريح الملك فافترقتا فحينئذ يندفع الانتقاض بالصورتين المذكورتين لأنهم ادعوا فيهما سبب الملك من الإرث أو الشراء ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال قيل إنما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع كتاب القسمة فيما إذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع جامع الصغير فيما ادعيا اليد ابتداء بيانه أنه ادعى الملك ابتداء واليد ثابتة فمن في يده شيء يقبل قوله أنه ملكه ما لم ينازعه غيره إذ الأصل أن الأملاك في يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وإن احتمل أن يكون ملك الغير لأنه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر أما إذا ادعيا اليد أعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما إلى بيانه لأنهما طلبا القسمة [illegible] والقسمة ما تفتقر [illegible] لا تكون إلا بالملك فلما سكتوا عنه دل على أن الملك ليس لهما فافترقا كذا ذكره الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك إلا [illegible] قوله لاحتمال أن يكون

قال ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم كل موزون ومكيل كثير او قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والنحاس والحديد والصابون والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية وتصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال اذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال ثم تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احدهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت فاخذ شبها من كل واحد

لتغير ما الى هنا كلامه فتبصر قوله لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما يعني ان في هذه القسمة قضاء على الغائب او الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما كذا التقرير في الكافي والمبسوط اقول في هذا التعليل شيء وهو انه انما يتم اذا كان العقار كله في يد الغائب او الصغير او كان شيء منه زائد قدره على حصة الغائب او الصغير من الميراث في يد احدهما واما فيما اذا كان في يد احدهما من العقار شيء يساوي قدر حصته ذلك من الميراث او يصير اقل منها فلا يتمشى ذلك التعليل اذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب او الصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم ابقاء ما كان في يده على يده في صورة التساوي وزيادة شيء عليه مما في يد الحاضرين في صورة النقصان ويحتمل ان يكون هذا هو السر في عدم تعرض ذكر او شيء منه في وضع المسئلة في مختصر القدوري فان هذا القيد في وضعها من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه في غاية البيان تأمل

فصل فيما يقسم وما لا يقسم لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانهما في فصل على حدة قوله والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول لان رضى صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب القليل كذا في العناية ومعراج الدراية وهو المذكور في الذخيرة وزاد عليه في النهاية والكفاية ان يقال الا يرى ان كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى اقول هذه الزيادة تخالف ما سيأتي في الكتاب بقوله وان كان كل واحد منهما يستضر بصغره لم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل على ان القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبهما القسمة وقد صرح به المص هنالك حيث قال ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشأنهما اما القاضي يعتمد الظاهر انتهى ثم انك بعد التأمل حق التامل وجدت نوعا من التدافع بين ما ذكروا في وجه اصحية المذكور في الكتاب اولا وبين ذلك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لان الحق لهما الى قوله اما القاضي يعتمد الظاهر فتامل قوله ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا بتراضي الشركاء قال صاحب العناية والاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بان يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما او لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي انتهى اقول تعليلا اصل بهذا الوجه ليس بسديد اذ قد تقرر فيما مر انه اذا كان احد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستضر بنصيبه لقلته فان القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الاصح المذكور في الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره الجصاص وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الاقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الى آخره ان يقتصر في بيان ضابط المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء ويجعل ذلك مدار العدم الجبر في القسمة قوله وان كانت ضيعة ودارا او دارا وحانوتا قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال المص جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان او تبنى حرمة الربوا هناك على شبهة المجانسة واستشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي حيث قال وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة والفساد ثمة لشبهة المجانسة باعتبار تقارب منفعتهما وهو السكنى كذا ذكره في الهداية وهو مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازلة عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب الاهنا كلام صاحب الكافي واوضح اشكاله صاحب العناية ثم اجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه

قال وإن كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدته لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في إجارات الأصل إجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيجعل في المسألة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة

فصل في كيفية القسمة

قال وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته إليه في الآخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالأول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والأصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الأنصباء حتى إذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وإن كان سدسا جعلها أسداسا ليمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الأفضل فإن لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله إن شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير إقراع جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام **قال** ولا يدخل في القسمة الدراهم إلا بتراضيهم لأنه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولأنه يفوت به التعديل في القسمة لأن أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له وإذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لأنه لا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالتقويم وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقسم الأرض بالمساحة لأنه هو الأصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رحمه الله أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة وإذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية بأن لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل إلا بها وهذا يوافق رواية الأصل

هذا لأنه يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة فإن الجنس إذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربا فإذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني إما أن يكون في المسألة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا إشكال فيه لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بهما لأنه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه أقول في الجواب خلل إذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوجيه بين مسئلتنا ومسئلة إجارات الأصل بقوله أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة إذ يصير مدار مسئلة إجارات الأصل بقوله أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة إذ يصير مدار مسئلة إجارات الأصل حينئذ على اتحاد الدار والحانوت في الجنس ومدار مسئلتنا على اختلافهما في الجنس قطعا فتنافيا قطعا والمصنف قصد التوفيق بذلك فنشأ منه الاستشكال المذكور ثم إن قوله لأنه قال جنس واحد فكيف يكون بشبهة المجانسة ليس بسديد إذ لم يقع التصريح في إجارات الأصل بأن قال جنس واحد ولو وقع كان المراد كجنس واحد على طريق التشبيه البليغ بحذف أداة التشبيه على ما عرف فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لأن المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بهما يعني أنهما متحدا الجنس نظرا إلى أصل السكنى فيبنى حرمة الربا عليه ومختلفة نظرا إلى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتأمل انتهى أقول ليس ذلك بمستقيم لأن المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلا لا يصح أن يراد ههنا أما أولا فلأنه لا يدفع الإشكال المذكور إذ حاصله أن اتحادهما في الجنس غير مقرر بل هناك شبهة الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة فيؤول بناء حرمة الربا على ذلك إلى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر وأما ثانيا فلأن ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا إلى أصل السكنى واختلافه نظرا إلى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد أيضا فبناء على ذلك خالف أبا حنيفة رحمه الله صاحباه هناك فقالا إن كان الأصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب فلو كان المدار في مسئلتنا ما ذكره لما وافق الإمامان أبا حنيفة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة واتفاقهم في هذه المسئلة مع كونه منفهما من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال أما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا يجمع بالإجماع بل يقسم كل واحد على حدة لاختلاف الجنس انتهى

فصل في كيفية القسمة لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فيما يقسم لأن الكيفية صفة فيتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف **قوله** والقرعة لتطييب القلوب وإزاحة تهمة الميل قال الشارح هذا جواب الاستحسان والقياس يأباها لأن استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق أو المطلقة ولكنا تركنا القياس ههنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير وليس هذا في معنى القمار لأن أصل الاستحقاق في القمار يتعلق بما يستعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة لأن القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذاك الجانب كان مستقيما إلا أنه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا يرى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وذلك لأنه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه في الماء ربما نسب إلى ما لا يليق بالأنبياء وكذلك زكريا استعمل القرعة مع الأحبار في ضم مريم إلى نفسه مع علمه بكونه

قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بالانقطاع والتعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في دفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهم اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائز بالتراضي **قال** واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا عند محمد رحمه الله وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله انه يقسم بالذرع

احق بها منهم لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم كما قال الله تعالى اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا اراد السفر تطييبا لقلوبهن انتهى كلامهم وعزى في النهاية ومعراج الدراية هذا التفصيل الى المبسوط اقول بين اول كلامهم هذا وآخره تدافع لانهم صرحوا اولا بان مشروعية استعمال القرعة ههنا جواب الاستحسان والقياس يابى ذلك لكونه في معنى القمار وقالوا آخرا ان هذا ليس في معنى القمار وبينوا الفرق بينه وبين القمار وذكروا ورود نظائره في الكتاب والسنة فقد دل ذلك على انه ليس مما يا باه القياس اصلا بل هو مما يقتضيه القياس ايضا فتدافعا **قوله** واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو الى آخره قال صاحب العناية صورة المسئلة ان يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة او في دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله عليه انتهى وقد اخذ الشارح المزبور ذلك التقييد مما ذكر في النهاية ومعراج الدراية من السوال والجواب بان يقال فان قيل كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند ابي حنيفة ومن مذهبه ان البيوت المتفرقة لا يقسم قسمة واحدة اذا لم يكن في دار واحدة قلنا موضوع المسئلة انهما كانا في دار واحدة والبيتان في دار واحدة عند ابي حنيفة يقسم قسمة جمع ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم وعن ابي حنيفة يجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضى انتهى وقد ذكر هذا السوال والجواب في الذخيرة ايضا فهي الماخذ الاخذ الاصلي اقول فيه اشكال من حيث الرواية والدراية اما الاول فلان ذلك التقييد مخالف لروايات عامة الكتب منها ما ذكره المصنف في الفصل السابق حيث قال والبيوت في محلة او محال يقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يسير انتهى ولا شك ان المحلة فوق الدار واذا قسمت البيوت في محال متعددة قسمة فاسدة بالاجماع فلان قسمت في دور متعددة قسمة واحدة بالاجماع اولى كما لا يخفى ومنها ما ذكره صاحب الكافي في الفصل السابق حيث قال ثم هي على ثلثة فصول عند ابي حنيفة الدور والبيوت والمنازل فالدور لا يقسم عنده قسمة واحدة لا برضى الشركاء سواء كانت متباينة او متلازقة والبيوت يقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة او متلازقة لانها لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تؤجر باجرة واحدة في كل محلة والمنازل المتلازقة كالبيوت يقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور لا يقسم قسمة واحدة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك انتهى وهكذا ذكر في الفصل السابق في عامة الشروح حتى قال في العناية هناك والبيوت يقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى ومنها ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وان كان بين الرجلين بيتان له ان يجمع نصيب احدهما في بيت واحد متصلين كانا او منفصلين ولو كان بينهما منزلان ان كان منفصلين فيهما كالدارين لا يجمع نصيب احدهما في منزل واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة ولو كانا متصلين فيهما كالبيتين له ان يجمع نصيب احدهما في منزل واحد هذا كله قول ابي حنيفة رحمة الله عليه وقال صاحباه الدار والبيت سواء الراي فيه للقاضي انتهى ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالاجماع متصلين كانا او منفصلين الى غير ذلك من المعتبرات ولا يخفى على ذي فطنة ان مدلول كل واحد منها ان تقسيم البيتين او البيوت عنده قسمة واحدة على الاطلاق واما الثاني فلانه ان اريد بالتراضي في قوله او في دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيهما فيما بينهما على قسمة معينة يلزم ان لا يستقيم بيان الخلاف في هذه المسئلة بين ائمتنا الثلثة

لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بيرمام او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمرعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل اجاب كل منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل

على الوجه المفصل في الكتاب حينئذ بالكلية فانه يجوز القسمة على وفق تراضيهما على شيء معين كيف ما كان بلا خلاف من احد الا يرى ان الدور مطلقا لا تقسم قسمة واحدة عند ابي حنيفة وعند تراضي الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة يقسم لها عنده ايضا كما صرحوا به قاطبة وان اريد بالتراضي المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضي القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئا لانهما انما تراضيا حينئذ على القسمة المعادلة فان كان مذهب ابي حنيفة ان البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر ان وجه عدم امكان التعديل في قسمتهما قسمة واحدة كما قال في الدرر فاذا لم يكن التعديل فيهما فكيف يجوز بمجرد تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيهما وبالجملة لا يرى معنى فقهي فارق بين صدور التصريح بالتراضي على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره فما معنى اختلاف جواب المسألة في الصورتين فتامل **قوله** لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بيرا او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة اقول كان الظاهر في التعليل عن قبل محمد ان يزاد على قوله ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو وان العلو يصلح تارة لما لا يصلح له السفل كدفع ضرر الندى في موضع يكثر واستنشاق الهواء الملائم وغير ذلك فان مجرد صلاحية السفل لما لا يصلح له العلو مطلقا كما هو مذهب ابي حنيفة فلا ينافي تقسيم ذراع من سفل بذراعين من علو بخلاف تفضيل السفل مرة وتفضيل العلو اخرى فانه ينافي القسمة بالذرع اصلا ويقتضي المصير الى القسمة بالقيمة ليتحقق التعديل ومن هذا قال فيما سياتي ولمحمد ان المنفعة يختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقال والفتوى اليوم على قول محمد **قوله** قيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره او بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشائخ بان معنى هذا الاختلاف اختلاف عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو والعكس من ذلك او استوائهما او هو معنى فقهي فقال بعضهم اجاب كل منهم على عادة اهل عصره اجاب ابو حنيفة بناء على ما شاهد من اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف بناء على ما شاهد من اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى انتهى اقول في اوائل تحريره خلل حيث قال او العكس من ذلك ولا يخفى ان عكس تفضيل السفل على العلو مطلقا انما هو تفضيل العلو على السفل مطلقا وهو ليس بمذهب احد في الاختلاف المذكور وانما المذهب فيه تفضيل السفل على العلو مطلقا كما قال ابو حنيفة واستواؤهما كما قال به ابو يوسف وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى كما قال به محمد وليس الثالث بعكس الاول كما لا يخفى ولله در صاحب الهداية في حسن تحريره واصابته حيث قال في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى فاصاب المحز في افادة عين المذاهب الثلثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى **قوله** وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمرعى التسوية في السكنى لا في المرافق الا ان يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة وهو غير ظاهر انتهى اقول ليس ذاك بسديد اما اولا فلان معنى قوله فيما مر والمرعى التسوية في السكنى لا في المرافق ان المراعى في نفس القسمة بالذرع التي هي الاصل التسوية في السكنى لا في المرافق اذ الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد في المرافق فيصار الى ما هو الاصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة ومراده ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى في العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى ايضا

... بتعمل ما لا يضر الآخر على اصله ... لان لكل واحد منهما ان ... بما يتساويان فيه والنفعتان متماثلتان ... ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد ... باضافة اليهما فلا يتكافأ عند
ابى يوسف ان المقصود اصل السكنى ... وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابى حنيفة في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثه وثلثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل
الا بتعمية والفتوى اليوم على ... [illegible]
نصف السفل ... ستة وستون وثلثان من العلو وعنه ثلثة وثلثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوى مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت
الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا وتفسير قول ابى يوسف ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد
... ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسين منها سفل وخمسين منها علو قال واذا اختلف المتقاسمان فشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضى الله عنه هذا الذى ذكره قول ابى حنيفة
وابى يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول ابى يوسف اولا وبه قال الشافعى وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضى وغيرهما سواء لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد
ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض
والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوى اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشائخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى
فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف فى الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد
لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضى امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين فى دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل فى الزام الآخر اذا كان منكرا والله اعلم

باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا فى يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها
فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعى فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة فى حقه خاصة فيعاملان على زعمهما

فى كيفية القسمة عند ابى حنيفة وهى ذراع من سفل بذراعين من علو ولا بعد فى ان يراعى فى كيفية القسمة بالذراع ما لا يراعى فى نفس القسمة بالذراع
فان نفس القسمة بالذراع قد يتحقق منفكة عن تلك الكيفية كما فى قسمة البيت السفلى فقط او العلوى فقط فلا مخالفة بين الكلامين فى المقامين كما لا يخفى
واما ثانيا فلانه لا معنى لقوله الا ان يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية فى السكنى لا فى المرافق انما هو قول
ابى حنيفة وابى يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجه قول ابى حنيفة وحده وما ذكره محمد بمعزل عن ذينك القولين
معا فلا تأثير للفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة فى دفع المخالفة بينهما كما ادعاها على ان قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك فى ظهور الفرق بين ما ذكره
محمد وما ذكره ابو حنيفة كما ترى **قوله** ولابى يوسف ان المقصود اصل السكنى اقول حق التحرير ان يقال ان اصل المقصود هو السكنى وهذا ظاهر للفطن
المتدبر للمقام **قوله** والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله قال بعض الفضلاء قوله والسفل المجرد الى آخره مستدرك
لا حاجة اليه كما لا يخفى انتهى اقول دعوى استدراكه بالكلية خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان علوه مثل نصف سفله ليس ببيان كامل
لقوله ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع وانما يكمل البيان بقوله والسفل المجرد اى سفل البيت الكامل
ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله اى بمقابلة مثله من السفل المجرد الذى لا علو عليه اصلا نعم حق البيان ان يؤخر قوله فبلغت مائة
ذراع كما ذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم

باب دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التى عسى ان يقع وان لا يقع اخر
ذكره ههنا قال صاحب العناية آخذا من غاية البيان والاصل فى هذا الباب ان الاختلاف اما ان يكون فى مقدار ما حصل بالقسمة او فى امر بعد القسمة
فان كان الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن دعواه متناقضا وان كان الثانى فحكمه البينة على المدعى واليمين على من انكر واعترض عليه بعض الفضلاء
حيث قال فيه بحث فانهم اذا اختلفوا فى التقويم والقسمة بالتراضى او بقضاء القاضى والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجئ انتهى اقول
ذلك مندفع فان الظاهر ان القسمة فى الاصل المزبور هو الاختلاف الملتفت اليه المعتبر فى الشرع وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف
فى التقويم فيما اذا كانت القسمة بالتراضى والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضى ولكن الغبن يسير خارج عن المقسم المذكور لعدم الالتفات اليه
فى الشرع كما سيجئ فلا يرد به النقض على شئ من القسمين المذكورين فى الاصل المزبور **قوله** فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم
فاذا انكروا استحلفوا رجاء النكول كذا فى الكافى وعامة الشروح واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو صح هذا لدل على وجوب تحليف المقر له اذا
ادعى المقر انه كذب فى اقراره مع انه لا تحليف عليه عند ابى حنيفة ومحمد انتهى اقول ليس ذلك بوارد اذ قد تقرر فى كتاب الاقرار ان حكم الاقرار ظهور المقر به
بلا تصديق من المقر له الا فى نسبة الولادة ونحوه ولكن يرد الاقرار برد المقر له الا بعد تصديقه فانه لا يرد وحينئذ نقول اصلا فاذا لم يقر بذلك فادعى المقر انه كذب
فى اقراره ان كان بعد تصديق المقر له اياه فى اقراره لا يدل ما ذكر ههنا على وجوب تحليف المقر له هناك اذ لا يتمشى فيه ان يقال لو اقر المقر له
بكذب المقر فى اقراره بعد تصديقه اياه فى اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان
ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر فى اقراره فلا يدل ما ذكر ههنا ايضا على ذلك فانه يتمشى فيه ان يقال لو اقر المقر له بكذب المقر له فى اقراره لزمه
ذلك ولكن لا يتمشى فيه ان يقال فاذا انكر استحلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا انكر ذلك كان مصدقا له فى اقراره لان انكاره كذبه فى اقراره يقتضى

قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعوته اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال قد استوفيت حقي واخذت

بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد

على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار

نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن

ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل

فصدقه في اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار الرد فلا فائدة في استحلافه ولذلك لم يجب تحليف المقر له هناك عند ابي حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تامل فيما قلنا فلعل فيه دقة ثم اقول لكن بقي فيما ذكروا شئ وهو ان قولهم لرجاء النكول في قولهم فاذا انكروا استحلفوا لرجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان الناكل مقر واما على قول من قال انه باذل لا مقر كما ذهب اليه ابو حنيفة على ما مر في كتاب الدعوى مفصلا فلا فانه اذا لم يكن اقرارا لا يلزم من لزوم اقرارهم لو اقروا وجوب استحلافهم اذا انكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم باوله كما لا يخفى على الفطن **قوله** قال رضي الله عنه ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا للتناقض قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفاء حقه ثم لما تامل حق التامل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة وفيه بحث فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا يسمع البينة لابتنائها على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغي ان يتحالفا اقول يمكن ان يقال انه ليس بمانع صحة الدعوى ولا ينبغي ان يتحالفا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال واما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف ان يدعي احد المتقاسمين غلطا في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف ان يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط وقال في النوع الاول وانما وجب التحالف لان القسمة في معنى البيع وفي البيع اذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائما فكذا في القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق واما اذا سبق لا يسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال في النوع الثاني اذ كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع والتحالف امر عرف بخلاف القياس فاذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما اذا اشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية ايضا من غير حاجة الى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة لان دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة لا يناقض الاقرار باستيفاء حق من قبل كما لا يخفى على المتامل **قوله** لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم اقول فيه بحث وهو ان ما تقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو ان التحالف فيما اذا اختلف المتبايعان في البيع قبل القبض على وفاق القياس لان احد المتبايعين يدعي الزيادة والآخر ينكرها وان الآخر يدعي وجوب تسليم البدل بما قاله واحدهما ينكر فصار كل واحد منهما منكرا فيحلف واما بعد القبض فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه لكنا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فاذا تقرر ذلك ففيما نحن فيه احد الشريكين قابض بعينه فانه ذو اليد ولا يدعي على الآخر شيئا وانما يدعي الآخر عليه بعض ما في يده وكان التحالف فيه مخالفا للقياس ولا مجال لاجراء النص المذكور ههنا الا بطريق

ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحد وحوا اقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضى له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع

فصل

قال واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة رحمه الله ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رحمه الله تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه ولم يذكر قول محمد رحمه الله وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة وهو الاصح لابي يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما

القياس لان ذلك النص كان واردا في البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم ان ما يرد على خلاف القياس يختص بمورده ولا طريق الى النص لان القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الافراز والمبادلة معا كما مر في صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الافراز ولا بد في الالحاق بطريق الدلالة من الاولوية والتساوي على ما عرف في موضعه ولم يوجد شئ منهما هنا فليتأمل في الدفع **قوله** ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا قال في العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى الشئ معين وهو البيت فاذا اثبت دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعي انتهى اقول الظاهر ان المراد بفسخ القسمة في قوله لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فسخ القسمة المعائنة حال الخصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذي اليد لا فسخ القسمة عن اصلها والاستيناف بقسمة اخرى حتى ينافي ما يجيء في الفصل الاولى من انه اذا استحق بعض معين من نصيب احدهما لا يفسخ القسمة بالاجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الاول فيما نحن فيه اذ لو اثبت دعواه بالبينة ظاهر لا يخفى

فصل لما فرغ من بيان الغلط شرع في بيان الاستحقاق **قوله** قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار انتهى قال المصنف ذكر القدوري الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب احدهما وهكذا ذكر الاختلاف في الاسرار قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة انتهى اقول وتعدية الحوالة بكلمة الى في قول صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا ايضا والمعاني اللغة تعدتها بكلمة على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته واقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ايضا نظر فان قول القدوري فاذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه وليس بنص في ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب احدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه واذا استحق بعض شائع في نصيب احدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان كلام القدوري ان لم يكن نصا فيما حمل عليه المص فهو ظاهر فيه بحيث لا يشتبه على احد من فحول العلماء لان قوله بعينه لو لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور في هاتيك المسئلة مبهما فلا يعلم ان المراد به البعض المعين او الشائع فيختل وضع المسئلة وايضا لو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب احدهما كان لمجرد التاكيد بل صار بمنزلة اللغو في مثل هذا المقام واما اذا كان متعلقا ببعض يكون تاسيسا مفيدا للمراد ومزيلا للابهام فاني هذا من ذلك على ان الاصل في امثال هذا التركيب تعلق المقيد بالمضاف دون المضاف اليه كما بين في محله فتبين ان كلام القدوري ظاهر فيما حمل عليه المصنف وقد تقرر في علم الاصول ان الظاهر يوجب الحكم قطعا كالنص على احد معنى القطعي وهو ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل لا ان التفاوت بينهما انما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه **قوله** لابي يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة قال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة اعني قوله والقسمة بدون رضاه باطلة لان

والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع فى النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته فى نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين وكما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع فى نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه فى الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا فى الانتهاء وصار كاستحقاق شئ معين بخلاف الشائع فى النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه فى النصيبين اما هنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما فى يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما فى يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقى رجع بربع ما فى يد الآخر عندهما لما ذكرناه وسقط خياره ببيع البعض وعند ابى يوسف ما فى يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه **قال** ولو وقعت القسمة ثم ظهر فى التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقى من التركة ما يفى بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة فى ايفاء حقهم ولو ابراه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال

موضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضى انتهى ويأخذ تعليله هذا مما نقله صاحب غاية البيان عن الامام علاء الدين الاسبيجابى حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى وضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند ابى حنيفة لا تصح الا عن تراض انتهى واورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة حيث قال لا حاجة الى القول بوضع المسئلة فى صورة التراضى فانها اذا كانت بقضاء القاضى تبطل اذا لم يرض الغائب على ما يجئ فى شرح قوله ولو ابراه الغرماء انتهى اقول ليس ذاك بصحيح اذ لا شك ان القسمة بين الورثة اذا كانت بقضاء القاضى لا تبطل بعدم رضى الغائب الا يرى الى ما مر فى الكتاب فى اوائل كتاب القسمة من قوله واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار فى ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلا يقبض نصيبه انتهى ولو بطلت القسمة بعدم رضى الغائب لما ساغ للقاضى القسمة فى تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين ثم ان قوله على ما يجئ فى شرح قوله ولو ابراه الغرماء ليس بحواله رائجة اذ لا شك فى شرح ذلك ما يوهم بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما اذا ظهر وارث او الموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضى حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث والموصى له لان حقهما فى عين التركة فلا ينقل الى مال آخر الا برضاهما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمة فى صورة ظهور الوارث او الموصى له انتقاضها فى قدر حقهما من عين التركة لا بالكلية بحيث يحتاج الى الاستيناف كما هو قول ابى يوسف فيما نحن فيه او المراد انتقاضها بالكلية ايضا لكن فى صورة القسمة بالتراضى دون القسمة بقضاء القاضى اذ لا ينقض القسمة بالكلية فيما اذا ظهر وارث او الموصى له اذا كانت القسمة بقضاء القاضى نص عليه فى البدائع حيث قال ما يوجب نقض القسمة بعد وجودها انواع منها ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواه ولا قضاه الورثة من مال انفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية لان الموصى له شريك الورثة الا يرى انه لو هلك من التركة شئ قبل القسمة يهلك من الورثة والموصى له جميعا والباقى على الشركة بينهم ولو اقتسموا وثمة وارث غائب فينقض كذا هذا وقال هذا اذا كانت القسمة بالتراضى فان كانت بقضاء القاضى لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضى اذا قسم عند غيبة احد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمة فى هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضى اذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث حتى لو اقتسموا ثم ظهر ان ثمة وارثا آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضى لا ينقض لما ذكرنا الى هنا لفظه ثم ان ذلك البعض اورد ايضا على قول صاحب العناية لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضى حيث قال فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضى ايضا بل عليه اعتبار فيها الا ولهذا لو كان بالغبن الفاحش فى احد الطرفين يفسخ على ما مر فى الدرس السابق انتهى اقول هذا ايضا ليس بصحيح لان القسمة بالقيمة لا تصح عند ابى حنيفة اصلا الا عن تراض هذا مع كونه مما نص عليه شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد بصدد بيان وضع هذه المسئلة كما ذكرنا من قبل ظاهر من اصل ابى حنيفة فى كثير من المسائل المتقدمة فى الكتاب فاعتبار القيمة فى هذه المسئلة على قول ابى حنيفة وغيره كما يقتضيه تصويرها المذكور فى عامة الكتب حتى فى كتب محمد رحمة الله عليه يدل على ان وضعها فيما اذا تراضيا على القسمة لا فيما اذا كانت بقضاء القاضى فقوله فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضى ايضا ان اراد به انها معتبرة عند ابى حنيفة فى صورة القضاء ايضا فليس كذلك وان اراد به

ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا

فصل في المهاياة

المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة

انها معتبرة في صورة القضاء ايضا عند غير ابي حنيفة فلا يجدي شيئا فان عدم اعتبارها عند ابي حنيفة كاف في تمام ما قاله صاحب العناية وقوله بل اعتبارها فيها اكد وبهذا لو كان بالغبن الفاحش في احد الطرفين تفسخ على ما مر اكد في عدم الاصابة لان تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في ان يكون قيمة احد الطرفين اكثر من قيمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون غبن احد الطرفين اكثر من غبن الآخر من جهة الوزن والكيل والذرع او العدد مما يليق بجنس المقسوم فابو حنيفة يعتبر في القسمة بالقيمة او التفاوت في العين باحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة وما مر في الفصل السابق من مسئلة فسخ القسمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكر هناك في بعض الشروح للغبن مثال هو صريح في التفاوت في العين بان يقال ان اقتسما مائة شاة فاصاب احدهما خمس وخمسون شاة واصاب الآخر خمس واربعون شاة فادعى صاحب الاوكس الغبن الى آخر المسئلة **قوله** ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة قال صاحب العناية ولقائل ان يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له ان ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى اقول في الجواب بحث لانه اذا اثبت الدين بالبينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث اصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضي بها اولا فلزم السعي في نقض ما تم من جهته ومدار السؤال عليه فان السعي في نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال انت خبير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف يسمع البينة والاولى ان يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز ان يظهر له مال آخر او يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتامل انتهى كلامه اقول وانت خبير بان كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد ههنا فان المجيب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحتها بعد اقامة البينة بل يقول انها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة باحتمال ثبوت الدين بالبينة فمآل جوابه منع استلزامها ذلك كما اشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من ان لزوم السعي في نقض ما تم من جهته امر مقرر لا مرد له بثبوت الدين بالبينة وانما الذي يلزم تمام القسمة من حيث اصل الاستحقاق وذلك لا يدفع السؤال المزبور ثم ان قول ذلك البعض والاولى ان يجاب بمنع استلزامها لجواز ان يظهر له مال آخر او يؤديه سائر الورثة من مالهم فيما لا ينبغي ان يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك لان الكلام فيما اذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤده سائر الورثة اذ الحكم فيما اذا بقي من التركة بعد القسمة ما بقي بالدين او اداه الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المتقدمة مفصلا

فصل في المهاياة لما فرغ من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وآخرها عن قسمة الاعيان لكون الاعيان اصلا والمنافع فرعا عليها ثم ان المهاياة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء وابدال الهمزة الفا لغة فيها والتهايؤ التفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هايا فلان فلانا وتهايا القوم وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح **قوله** المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه قال الشراح والقياس يابى جوازها لانها مبادلة

الا ان القسمة اقوى منه فى استكمال المنفعة لانه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضى لانه ابلغ فى التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم ولا فائدة فى النقض ثم الاستيناف ولو تهايئا فى دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت

المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين ينتفع فى نوبته بملك الشريك عوضا عن انتفاع شريكه بملكه فى نوبته اقول فيه شئ وهو ان ما ذكروا فى وجه القياس جوازها انما يتم فى صورة التهايؤ من حيث الزمان بان ينتفع احدهما بعين واحد مدة وينتفع الآخر به مدة اخرى لا فى صورة التهايؤ من حيث المكان كما اذا تهايئا فى دار على ان يسكن احدهما ناحية منها والآخر ناحية اخرى منها فان التهايؤ فى هذه الصورة افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت كما سيجئ فى الكتاب عن قريب والظاهر من تقريراتهم كون جواز التهايؤ على الاطلاق امرا استحسانيا مخالفا للقياس وما ذكروا من بيانه لا يفى بذلك كما ترى **قوله** الا ان القسمة اقوى منه فى استكمال المنفعة لانه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب اقول فى كلية هذا التعليل نظر اذ قد صرحوا بان التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان وسياتى ذلك فى الكتاب ايضا والجمع على التعاقب انما هو فى التهايؤ من حيث الزمان واما فى التهايؤ من حيث المكان فيتحقق جمع المنافع فى زمان واحد كما سيتحقق نعم ان القسمة فى الاعيان اقوى بلا ريب من مطلق التهايؤ الذى هو قسمة المنافع لحصول التملك فى الاولى من حيث الذات والمنفعة وفى الثانى من حيث المنفعة فحسب **قوله** والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت قال فى الايضاح انه افراز لانه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة حينئذ فيشترط التاقيت كذا فى الشروح اقول لقائل ان يقول ان اريد انه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التاقيت كما يشترط فى الاجارة فهو مسلم لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازا من كل وجه حتى يثبت كونه افرازا لجميع الانصباء لجواز ان يكون افرازا من وجه مبادلة من وجه بان يكون افرازا لنصيب كل واحد منهما من المنفعة فى الناحية التى يسكن هو فيها ومبادلة لنصيبه منها فى الناحية الاخرى بنصيب الآخر فى الناحية التى يسكن هو فيها كما قالوا فى قسمة الاعيان على ما مر فى صدر كتاب القسمة انها لا تعرى عن المبادلة والافراز لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه فكان مبادلة ولو بوجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التاقيت كما يشترط فى الاجارة فهو ممنوع لان الاجارة مبادلة المنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التاقيت فيها اشتراطه فيما هو افراز من وجه ومبادلة من وجه وقال صاحب العناية فى تعليل قول المص والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء فان القاضى يجمع جميع منافع احدهما فى بيت واحد بعد ان كانت شائعة فى البيتين وكذلك فى حق الآخر انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة فى شرح هذا المقام اقول فيه نظر لان جميع المنافع الشائعة فى البيتين فى بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى محل آخر كما تقرر فى محله فكيف يتمكن القاضى من جمعها فان قلت ليس المراد ان القاضى يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر بل المراد ان القاضى يعتبر جمعها لئلا يكون ذلك التهايؤ مبادلة فيشترط فيه التاقيت كما اشار اليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التاقيت قلت اشتراط التاقيت فيه ليس باصعب من اعتبار المحال متحققا حتى يرتكب الباقى لاجل دفع الاول اذ ليس اعتبار المحال متحققا باولى واسهل من عدم اعتبار شرط الاجارة ههنا للضرورة حتى يرتكب الاول دون الثانى وترك كثير مما ينبغى فى الشرع لاجل الضرورة شائع فى قواعد الشرع الا يرى الى ما ذكروا فيما مر آنفا من ان القياس يابى جواز التهايؤ لانه مبادلة المنفعة بجنسها وهى لا يجوز عندنا على ما تقرر فى كتاب الاجارات لكنا تركنا القياس فيه لضرورة حاجة الناس اليه على ان لزوم اشتراط التاقيت فيه على تقدير

ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايآ في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايآ في العبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايآ فيهما على ان نفقة كل عبد على من ياخذه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يسامح فيها ولو تهايآ في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه اما عندهما فظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز

عدم اعتبار جميع الانصباء في بيت واحد ممنوع لانه انما يلزم ذلك ان لو كان التهايؤ في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه واما اذا كان افرازا من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لان اشتراط التاقيت فيما هو مبادلة من كل وجه كما قررناه من قبل **قوله** ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه قال تاج الشريعة فان قلت المنافع في العارية يحدث على ملك المستعير ومع هذا لا يملك الاجارة قلت لجواز ان يسترده المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى اقول جواز الاسترداد قبل مضي المدة ههنا ايضا متحقق اذ قد مر في الكتاب انه لو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لكون القسمة ابلغ فمع احتمال ان يطلب الآخر القسمة وتبطل المهاياة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما ان يستغل ما اصابه بالمهاياة بناء على حدوث المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة الاستعارة **قوله** ولو تهايآ في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا قال صاحب العناية ولم يذكر ان هذا افراز او مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما انتهى اقول ليس هذا بسديد لانه ان اراد انه علم من عطفه على صورة الافراز انه ايضا افراز بناء على ان المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس بصحيح لان مجرد العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام الا يرى ان كثيرا من مسائل الفقه المتباينة الاحكام يعطف بعضها على بعض على ان التهايؤ في العبد الواحد وفي البيت الصغير تهايؤ من حيث الزمان ولا مجال في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من دلالة المسائل الآتية سيما من الفرق بين التهايؤ على الاستغلال في دار واحدة والتهايؤ على الاستغلال في الدارين وان اراد انه قد علم من عطفه على صورة الافراز انه ليس بافراز بناء على لزوم التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح ايضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام حتى يتم ما ذكره وبالجملة لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافراز والمبادلة فالتشبث بحديث العطف ههنا مما لا معنى له اصلا كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كان المهاياة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد احدهما بهذه المهاياة واذا طلبها احدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل جبر عليها وقيل تعتبر افرازا من جميع الوجوه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربوا النساء والاول اصح لان العارية ليس فيها عوض وبهذا العوض ربوا النساء ثابت عند احد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى اقول هذا الذي ذكره ماخوذ من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومعراج الدراية ايضا بنوع تفصيل ولكن فيه بحث وهو انه قد مر في كتاب الاجارات ان اجارة المنافع بجنسها كاجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة قال المصنف هناك واليه اشار محمد رحمة الله عليه فلو كان ربوا النساء عند وجود احد وصفي العلة وهو القدر مع الجنس مختصا بمورد النص وهو البيع غير متعد الى غيره لما تم استدلالهم هنا في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع بجنسها بربوا النساء فلا بد لنا فيه من دليل اخر على عدم صحة ذلك لما مر ايضا في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه فحول الفقهاء قاطبة حتى اشار اليه محمد رحمة الله عليه

ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوانات لتوالي اسباب التغير عليها فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز

وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف في الدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى اقول وهذا ايضا ماخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث ايضا اما اولا فلانه قد ذكر في الكتاب من قبل ان التهايؤ من حيث المكان افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولا يخفى ان التهايؤ في الجنس المختلف انما يتصور بان ينتفع احد الورثة باحد الاجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايؤ من حيث المكان فكيف يتم القول بان المهايأة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر مبادلة واما ثانيا فلانه لو اعتبرت المهايأة في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدور كاجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كاجارة الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الاجارات اللهم الا ان يكون مجموع قوله كالدور والعبيد مثالا واحدا فالمراد مثل ان يتهايئا على ان يسكن احدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جدا سيما في مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والاراضي واما ثالثا فلان قوله وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه ممنوع اذ قد تقرر في صدر كتاب القسمة ان قسمة الاعيان مطلقا لا تعري عن معنى الافراز ومعنى المبادلة الا ان معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال الا ان ذلك الغير ان كان من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وان كان اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد اللهم الا ان يقال المراد بما ذكر ههنا ان قسمة الاعيان في الجنس المختلف اعتبرت مبادلة من كل وجه لانه مبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي ما تقرر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتامل **قوله** ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فتفوت المعادلة قال في العناية لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية انتهى اقول لقائل ان يقول مقتضى هذا الوجه ان لا يجوز التهايؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال اذ الظاهر ان منافعه التي هي اعماله لا يكون في الزمان الثاني كما كانت في الاول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت المعادلة مع ان التهايؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتهايؤ على منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بان التهايؤ في العبد على الخدمة انما جوز ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانها اعيان باقية ترد القسمة عليها فافترقا ويجيء في الكتاب غير هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر

قوله ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه ومن حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز عورض بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كالمهايأة في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع عن رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح ان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت كذا في العناية اقول في الجواب نظر اذ قد مر في بيان فوت المعادلة في التهايؤ في العبد الواحد على الاستغلال ان الاستغلال انما يكون على حسب الاعمال فلما قل التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزمه ان يقل التفاوت في الغلة ايضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة بين المسئلتين ولعل هذا هو السر في ان جماعة من الشراح

لانه

العبدين

والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايئا على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية يرد عليها القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله اعلم بالصواب

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه

ذكروا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق بين المسئلتين عن قبل الامامين وعزوه الى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه اصلا تدبر **قوله** والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا هذا جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وبيان الضرورة ما سيذكره بعد هذا ان المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها قال صاحب العناية وللقائل ان يقول علل التهايؤ في المنافع من قبل بقوله ان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله ههنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور من قبل تتمة لهذا التعليل بان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا ان كل واحد منهما علة مستقلة الى هنا كلامه اقول لا لسؤال شيء ولا للجواب اما الاول فلان الباطل انما هو توارد العلتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا تواردهما عليه على سبيل البدل كما تقرر في موضعه واللازم فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول اذ لا يخفى ان المقصود من ايراد العلل المتعددة في امثال هذا المقام هو التنبيه على ان كل واحدة منها تصلح الافادة المدعى بالاستقلال بدلا عن الاخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة الى المطلوب ليسلك الطالب اي طريق شاء واما الثاني فلان الظاهر من تعليل المص باحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضعين المتفرقين ان يكون كل واحدة منها علة مستقلة والا يلزم ان لا يفيد شيء منهما المدعى في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة على ان استقلال كل واحدة منهما في الافادة بين اما قلة التفاوت فلان التعليل في حكم العدم في عامة احكام الشرع واما ضرورة تعذر القسمة فلان الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف وليت شعري اذا يصنع الشارح المزبور في قول المصنف فيما بعد ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة الى آخره وقد اعترف بانه وجه آخر لابطال القياس وكذا في نظائر ذلك من الادلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل فهل يجعل كل واحد منها جزء العلة لا علة مستقلة

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الارض في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة كذا في الشروح **قوله** قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة قال في العناية انما قيد بالثلث والربع ليتبين محل النزاع لانه لو لم يعين اصلا او عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع انتهى اقول يرد على ظاهره ان المزارعة بالنصف وبالخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع ايضا فكيف يتبين بالتقييد بالثلث والربع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من انه انما قيد بالثلث والربع مع انه لا يجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركا بلفظ الحديث فانه جاء في الحديث انه عليه السلام نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث وبالربع وانما خص في الحديث بذلك لما كان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى والذي يمكن في توجيه ما في العناية ان المقصود بقوله انما قيد بالثلث والربع مقابلة التقييد بالاطلاق لا مقابلة التعيين والتقييد يعني انه قيد بالثلث والربع ولم يطلق بالقيد عن الكلية لانه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كما ترى **قوله** ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة قال تاج الشريعة قلت الربح في المضاربة يحصل بمال من احد الجانبين وعمل من الجانب الآخر فتنعقد شركة بينهما في الربح وههنا كذلك انتهى اقول لم يجز في المضاربة ان يكون المال والعمل من احد الجانبين ولهذا قالوا هناك وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وههنا جاز لما سيأتي في الكتاب انه اذا كانت الارض

لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روى انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شئ فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما

والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك ان البذر مال بل البقر ايضا مال وقد اجتمع مع العمل في احد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقا بالمضاربة قياس **قوله** لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها قال صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل لانه اتى الزوائد على تاويل الزوائد انتهى وفي هذا التعسف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مساغ ان يحمل الضمير في قوله لانه على الشان كما لا يخفى **قوله** ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز قال بعض الفضلاء هذا يخالف لما سلف في باب العشر والخراج ان ارض العرب كلها ارض عشر فان خيبر من ارض العرب ممنوع كيف وقد يقرر في الباب المذكور ايضا ان ارض العرب لا يقر اهلها عليها على الكفر فان مشركي العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وقد اقر النبي عليه السلام اهل خيبر على اراضيهم على الكفر وذكروا واحد ارض العرب طولا وعرضا في الباب المذكور فمن اتقن ذلك في موضعه لعله يحكم بان خيبر ليست من ارض العرب **قوله** والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه قيل قوله لانه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر واجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله اولى والمزارع عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا الى الامر كذا في العناية وغيرها اقول النقض غير وارد اصلا والجواب غير دافع لما ذكرا اما الاول فلان الزرع في الصورة المذكورتين نماء ملك صاحب البذر وانما هو نماء ملك الغاصب اذ قد مر في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب انه اذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا ومثل ذلك بامثلة منها ما اذا غصب حنطة فزرعها فقد تبين ان البذر بالغصب والزرع يصير ملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه واما الثاني فلان محل النقض انما هو قوله لانه نماء ملكه وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون احدهما عاملا لنفسه باختياره والآخر عاملا بامر غيره والكلام في الاول دون الثاني فلا يتم التقريب **قوله** الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع اقول لقائل ان يقول نعم ان القياس يترك بالتعامل ولكن النص لا يترك بذلك لان التعامل اجماع عملي والاجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الاصول فبقي تمسك ابي حنيفة رحمه الله بالسنة وهي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن المخابرة وهي المزارعة سالما عما يدفعه فما وجه الفتوى على قولهما ويمكن ان يقال لهما ان يدفعا ذلك بحمل المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم على ما اذا شرط في عقد المزارعة شرط مفسد اذ روي انهم كانوا يشترطون فيه شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما وقد اشار اليه صاحب الكافي حيث قال فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النصوص الواردة في المجتهدات مسوغة النصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها او يحملها على ما اذا اشترط شرطا مفسدا فقد روي انهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما الى هنا كلامه **قوله** والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما اقول فيه بحث لان بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة فتخصيص بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدي كثير طائل فتامل **قوله** والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع الشركة كان مفسدا للعقد قال بعض الشراح لانه اذا شرط ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم انتهى اقول فيه شئ هو ان القياس

قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كان الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض

كما يابى قياس الاجارة المحضة باجر معدوم يابى جوازها باجر موجود ايضا اذ قد تقرر في كتاب الاجارة ان القياس يابى جواز الاجارة مطلقا لكون المعقود عليه الذي هو المنفعة غير موجودة في الحال لكنا جوزناها استحسانا لحاجة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد ان يابى القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها اجارة محضة فالاظهر ان يقال بدل قولهم والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والاجارة المحضة باجر معدوم فاسدة قطعا ثم اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح فانهم علّلوا كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والمصنف فرع كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فمراده ان عقد المزارعة شركة في الانتهاء وان كان اجارة في الابتداء فكذا معنى الشركة معتبرا في انعقاد المزارعة فما يقطع هذه الشركة ينفي المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة **قوله** وهي عندهما على اربعة اوجه واعلم ان مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على اصل وهي ان المزارعة ينعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض او على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لانها استيجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا لكنا جوزناه في الارض والعامل لورود الشرع به فيهما اما في الارض فاثر عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس واما في العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر والتعامل لم يرد الشرع به في البذر والبقر فاخذنا فيهما بالقياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استيجار الارض او العامل ببعض الخارج او كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استيجار الارض والعامل ببعض الخارج لكونه مورد الشرع وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استيجار الآخرين او كان المشروط على احدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن احدهما تبعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استيجار غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيرهما وهذا هو الاصل الذي يدور عليه مسائل المزارعة كذا في الشروح واشار اليه في الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية بعد ما ذكر الاصل المزبور قال فاذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو ما كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستيجار يجعل كان العامل استاجر الارض او رب الارض استاجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استيجار الارض والعامل واما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن ان يكون احدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاخص والاصل يجوز ان يتبع الاخس ... الفرع الى ههنا كلامه اقول فيه خلل لانه جوز في الوجه الاول ان يجعل العامل مستاجر الارض وان يجعل رب الارض مستاجر العامل ولا مجال فيه للاول بل لا بد ان يكون المستاجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله في هذا الوجه وقد تقرر فيما مر في الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما ان البذر اذا كان من قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستاجر هو رب الارض وانما يصح ان يكون العامل مستاجرا فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن هذا قال المصنف في تعليل جواز المزارعة في الوجه الاول لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط فانه بمنزلة التصريح بان المستاجر في هذا الوجه هو رب الارض والعامل هو الاجير كالخياط

والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر فانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج شائعا بينهما تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي بينهما والارض عشرية قال وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية اخرى

قوله وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة اقول فيه نظر اذ لا نسلم انه استئجار الارض ببعض معلوم كما اذا استأجرها بدراهم معلومة فان استئجار الارض ببعض من الخارج استئجار ببعض مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد كما مر في دليل ابي حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استئجارا ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس ايضا لكونها استئجارا ببعض الخارج وهو لا يجوز لكنا جوزناها فيما اذا كانت استئجار منفعة الارض او العامل استحسانا بالنص والتعامل ولم نجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع فيه فالحق في تعليل جواز هذا الوجه ان يقال لانه استئجار الارض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الامة **قوله** وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل قال صاحب العناية ووجه غير ظاهر الرواية ما قال لو شرط البذر والبقر عليه اي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب ان البذر اذا اجتمع مع الارض للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجارا للعامل واما اذا اجتمع الارض والبقر فيستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا اقول في هذا الجواب بحث اما اولا فلان البذر اذا اجتمع مع الارض تعين ان يكون رب الارض فيه مستأجرا والعامل اجيرا فلا يبقى لحديث استتباع الارض البذر محل لان المصير اليه للاحتراز عن لزوم استئجار البذر اصالة واذ تعين ان يكون هذه الصورة من قبيل استئجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استئجار البذر سواء استتبعه الارض ام لا فلم يكن للاستتباع تاثير في هذه الصورة قط واما ثانيا فلان قوله فكان في كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استئجار كل من جانبي رب الارض والعامل في الصورة المذكورة وقد مر مرارا ان البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لان يكون مستأجرا للآخر فالوجه في الجواز ان يقال اذا شرط البذر والبقر على رب الارض كان استئجارا للعامل لا لغيره اصلا فكان صحيحا قطعا واما اذا لم يشترط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استئجارا للارض وغيرها الذي هو البقر وليس الثاني تابعا للاول لعدم التجانس كما في وجه ظاهر الرواية وكان باطلا لعدم ورود الشرع باستئجار البقر اصالة ببعض من الخارج فتدبر **قوله** وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الى آخره قال صاحب العناية وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو ان يشترك اربعة على ان يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر اقول الظاهر ان الكلام في العقد الجاري بين الاثنين والا فثمة وجوه اخر لم يذكراها ولا احد غيرهما وهي ان يشترك ثلاثة على ان يكون البذر من احد والعمل من آخر والباقيان من آخر او على ان يكون البقر من واحد والارض من آخر والباقيان من آخر الى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلاثة وكان التعرض ههنا للوجه الذي ذكره صاحب العناية خروجا عن الصدد وعن هذا ترى عامة الشراح لم يتعرضوه اصلا والاولى ههنا ان يقال وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو ان يكون البقر لاحدهما والبواقي الثلاثة للآخر كما اشار اليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الاوجه في صدر المسألة وبيان انحصارها عقلا في سبعة وقال ان حكمه كحكم ان يكون البذر لاحدهما والباقي للآخر وهو الفساد وقال صاحب العناية متصلا بكلامه السابق قال محمد في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل عن مجاهد انه وقع في عهد

وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب لأنه عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن وكذا إذا شرطا التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لأنه نماء ملكه وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه و **قال** مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لأنه حكم العقد وإن شرطا التبن للآخر فسدت لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط **قال** وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما إذا فسدت لأن أجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج **قال** وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لأنه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر **قال** ولو كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لأنه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له أجر مثله بالغا ما بلغ لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها وقد مر في الإجارات وإن كان من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر هو الصحيح لأن له مدخلا في الإجارة وهي إجارة معنى وإذا استحق رب الأرض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لأن النماء حصل في أرض مملوكة له وإن استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الأرض وتصدق بالفضل لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض وفساد الملك في منافع الأرض أوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به **قال** وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه فصار كما إذا استأجر أجيرا ليهدم داره وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل لأنه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الإجارة إلا إذا كان عذر يفسخ به الإجارة فيفسخ به المزارعة

رسول الله صلى الله عليه وسلم فألغى رسول الله صاحب الأرض وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما كل يوم فألحق الزرع كله بصاحب البذر ثم قال ومعنى قوله ألغى صاحب الأرض لم يجعل له شيئا من الخارج لأنه لا يستوجب أجر مثل الأرض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لأنه كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل انتهى كلامه **أقول** توجيه المروي عن النبي عليه الصلوة والسلام بما ذكره محل كلام أما أولا فلأن كون معنى قوله ألغى صاحب الأرض لم يجعل له شيئا من الخارج مما يأباه مقابلته قوله وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما كل يوم إذ لم يجعل لصاحب الفدان ولصاحب العمل أيضا شيئا من الخارج بل جعل لكل واحد منهما أجرا كما صرح به الراوي فكيف يحسن مقابلتهما بإلغاء صاحب الأرض بالمعنى الذي ذكره اللهم إلا أن يقال ذلك المعنى وإن كان مما لا يساعده ظاهر اللفظ لكن الضرورة اجزم بخصوص ما جعله لصاحب العمل **قوله** وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب لأنه عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن **أقول** في هذا التعليل قصور إذ على تقدير انعقاد الحب أيضا يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤديا إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الأصل المقرر المبني عليه المسائل الآتية كما ترى فالأولى في تعليل هذه المسألة أن يقال لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله في تعليل المسألة الآتية المتصلة بها وكأن صاحب الكافي تنبه لما قلنا حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية هنا وجمع المسألتين في تعليل واحد فقال وكذا لو شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب أو شرط التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنه تنقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى **قوله** وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل **أقول** عبارة الكتاب ههنا قاصرة عن إفادة تمام المراد لأن المزارعة الصحيحة كما يكون استئجارا للعامل وذلك فيما إذا كان البذر من جانب رب الأرض كذلك يكون استئجارا للأرض وذلك فيما إذا كان البذر من جانب العامل وقوله وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل يفيد حكم الصورة الأولى دون الصورة الثانية بل يدل على أن الحكم في الثانية على خلاف الحكم في الأولى بمقتضى قولهم إن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه فكان الظاهر أن يقال وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء لأحد من المتعاقدين لا يقال علل المصنف قوله وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل بقوله لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره ولما جرى هذا التعليل في صورة استئجار الأرض أيضا فهم منه حكم هذه الصورة أيضا فاكتفى بذكره لأنا نقول عبارة المسألة عبارة مختصر القدوري والمؤاخذة بقصورها في إفادة تمام المراد إنما ترد على القدوري فالتعليل الذي ذكره المصنف بعد مدة طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق ولئن سلم ذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور بتمامه في صورة استئجار الأرض ألا يرى أن عامة الشراح ذكروا أن قوله وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره يشكل بمن استأجر رجلا بعين فعمل الأجير وهلكت العين قبل التسليم فإنه يجب على المستأجر أجر المثل فليكن هذا مثله لأن المزارعة صحت والأجر مسمى وهلك الأجر قبل التسليم وأجابوا عنه بأن الأجر ههنا هلك بعد التسليم لأن المزارع قبض البذر الذي تفرع منه الخارج وقبض الأصل قبض الفرع وللأجرة العين إذا هلكت بعد التسليم إلى الأجير لا يجب للأجير شيء آخر فكذا ههنا انتهى ولا يذهب عليك أن هذا الجواب لا يتمشى في صورة استئجار الأرض فإن رب الأرض لا يقبض البذر الذي تفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا للفرع

قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك **قال** واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل مقابلة ما عمل كما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها فباع جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم **قال** واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه اضرارا بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته

يتم التعليل المذكور في جنبة بلا شك لصورة فتعين القصور تامل **قوله** ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب لان الفائت به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات كذا في عامة الشروح وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لانه استاجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ قد مر مرارا وتقرر ان البذر اذا كان من قبل رب الارض تعين ان يكون المستاجر هو رب الارض والمفروض في مسئلتنا ان يكون البذر من قبل رب الارض فكيف يتم القول بان المزارع استاجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه **قوله** واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة هذا جواب القياس واما الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى ان يستحصد الزرع كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والذخيرة وقال بعد ذلك في العناية واعلم انه اراد بقوله واذا مات احد المتعاقدين ما بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما نبت الارض او لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان ولما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة انتهى اقول فيه بحث لان ما ذكر في اول المسئلة انما هو جواب القياس كما صرح به قاطبة فيدخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت ولا شك ان مراده بالجواب في قوله ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة ولا ريب ان دخوله في جواب القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان ايضا وعن هذا اختلف المشائخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد المزارعة قبل النبات هل يبقى المزارعة ففيه اختلاف المشائخ انتهى **قوله** واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة قال في النهاية ثم هل يحتاج في فسخ المزارعة الى قضاء القاضي او الى الرضى ذكر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضاء على رواية الزيادات لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى القضاء ولا الى الرضاء وبعض مشائخنا المتاخرين اخذوا برواية الزيادات وبعضهم اخذوا برواية الاصل والجامع الصغير انتهى وقال في العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى انه اختيار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضاء لانها في معنى الاجارة على رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك انتهى اقول فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما يصلح للاشارة الى انه اختار رواية الزيادات ان لو كانت الرواية في الاجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء او الرضاء وكان المص قد اختار هناك صريحا رواية افتقار الفسخ الى احدهما ولم يكن شيء منهما فان المصنف قال هناك ثم قول القدوري فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فالاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي انتهى فتامل **قوله** وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء قال في النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلث ذكر في الكتاب الصورتين منها وهما ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وما اذا فسخ بعد نبات الزرع قبل ان يستحصد ولم يذكر ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه

لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلثة لما بينا **قال** وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل وعن ابي يوسف انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشائخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو ارادا قصل القصيل او جد التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على القصل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك والله اعلم

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا

لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل ان يبيع الارض ذكر في الذخيرة ان فيه اختلاف المشائخ وكان الشيخ ابو بكر العتابي يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير وكان الشيخ ابو اسحق الحافظ يقول ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك الا يرى ان الاب والوصي يملكان زراعة ارض الصبي وهما لا يملكان استهلاك مال الصبي واذا كان كذلك كان للمزارع في الارض عين مال قائم انتهى وقال في العناية لم يذكر المص الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشائخ قال بعضهم قال له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة ارض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله وكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية انتهى اقول ان قوله وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل لانه ان اراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جدا اذ قد اعتبر في الصورة الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته فاني تتصور دخول احديهما في الاخرى وان اراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ لانه لا يصلح لان يكون وجها لعدم ذكر تلك الصورة بالكلية لان دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشائخ انما يعرف ببيان حكمها من قبل واذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن اين يعلم ان حكمها كحكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشائخ او كحكم الصورة الاولى كما قال به بعضهم الاخر والاوجه عندي ان المصنف انما لم يذكر تلك الصورة تاسيا بالامام محمد رحمه الله فانه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال وان كان المزارع قد زرع الارض الا انه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشائخ فيها انتهى **قوله** لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر فيما ذكر لم لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع لا تفاعه بنصيبه وباجر المثل فيرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه ما يجب عليه من اجر المثل فربما يخاف ان يصيبه من الزرع ما لا يفي بذلك كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ان رب الارض ايضا ليس بمتعنت في طلب القلع بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من المنفعة على تقدير لا يفاء فربما يخاف ان يصيبه من الزرع ما لا يفي بنفقة حصته فليتأمل

كتاب المساقاة

قال في غاية البيان كان من حق الوضع ان يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لان المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره الا ان المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد كان الحاجة اليها اكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة

والمساقاة هي المعاملة في الاشجار والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرط الشركة في الربح دون البذر بان شرط رفعه من رأس الخارج يفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقل ما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة

ولان المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الائمة كانت الحاجة الى علمها امس فقدمت ولان تفريعاتها اكثر من تفريعات المساقاة انتهى اقول في تقريره نوع خلل فانه قال في اوائل كلامه لان المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف اصلا في جواز المساقاة وليس كذلك قطعا لان ابا حنيفة لم يجوزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال قال ابو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة وكذا زفر لم يجوزها كما ذكر في عامة الشروح وقال جمهور الشراح كان من حق المساقاة ان تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر الا ان اعترض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة اقول فيه ايضا شيء وهو ان قولهم ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر محل نظر فان الاحاديث كما وردت في حق المساقاة وردت في حق المزارعة ايضا من غير فصل سيما الاحاديث الواردة بطرق شتى في قصة اهل خيبر وعن هذا قال المصنف في اوائل كتاب المزارعة وهي عندي المزارعة فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع انتهى وكان كل من فريقي الشراح اطلع على ما في كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما اخل به الآخر كما ترى **قوله** والمساقاة هي المعاملة قال في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي فهو معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة اهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وقال في الحاشية فمفهومها اللغوي اعم من الشرعي لا عينه كما توهمه صاحب العناية انتهى اقول ليس ذاك بوارد اذ الظاهر ان المراد بالمعاملة في قوله والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة هو المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بلغة اهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والاجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي اعم من مفهومها الشرعي والا يلزم ان لا يصح قول المساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة اذ لا شك ان اهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف بذلك المراد ايضا بان المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة اهل المدينة فلا يتصور ان يكون مفهومها اللغوي اعم من الشرعي كما لا يخفى **قوله** والكلام فيها كالكلام في المزارعة قال في العناية يعني شرائطها في الشرائط التي ذكرت في المزارعة انتهى اقول في هذا التفسير خلل لان الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطا للمساقاة فان شرائط المساقاة اربعة كما نص عليه الامام قاضيخان في فتاواه وفي النهاية وغيرها ايضا وشرائط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في اوائل المزارعة فكيف يتم القول بان شرائط المساقاة هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية ولكن قيده بما يصلح في الجملة حيث قال اي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة انتهى ثم اقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة ان الدليل على جوازها وعدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة ويرشد اليه قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا الى آخره فانه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة اصلا وكونها تبعا فلو كان المراد بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة

لانہا تنمو ماترکت فی الارض فجہلت المدۃ ویشترط تسمیۃ الجزء مشاعا لما بینا فی المزارعۃ اذ شرط جزء معین یقطع الشرکۃ وان سمیا فی المعاملۃ وقتا یعلم انہ لایخرج الثمر فیہا فسدت المعاملۃ لفوات المقصود وہو الشرکۃ فی الخارج ولو سمیا مدۃ قد یبلغ الثمر فیہا وقد یتاخر عنہا جازت لانا لانتیقن بفوات المقصود ثم لو خرج فی الوقت المسمی فہو علی الشرکۃ لصحۃ العقد وان تاخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانہ تبین الخطاء فی المدۃ المسماۃ فصار کما اذا علم ذلک فی الابتداء بخلاف ما اذا لم یخرج اصلا لان الذہاب بآفۃ فلا یتبین فساد المدۃ فبقی العقد صحیحا ولا شئ لکل واحد منہما علی صاحبہ **قال** وتجوز المساقاۃ فی النخل والشجر والکرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعی رح فی الجدید لاتجوز الا فی الکرم والنخل لان جوازہا بالاثر وقد خصہما وہو حدیث خیبر ولنا ان الجواز للحاجۃ وقد عمت واثر خیبر لایخصہما لان اہلہا یعملون فی الاشجار والرطاب ایضا ولو کان کما زعم فالاصل فی النصوص ان تکون معلولۃ سیما علی اصلہ ولیس لصاحب الکرم ان یخرج العامل من غیر عذر لانہ لاضرر علیہ فی الوفاء بالعقد وکذا لیس للعامل ان یترک العمل بغیر عذر بخلاف المزارعۃ بالاضافۃ الی صاحب البذر علی ما قدمناہ **قال** فان دفع نخلا فیہ ثمر مساقاۃ والثمر یزید بالعمل جاز وان کانت قد انتہت لم یجز وکذا علی ہذا اذا دفع الزرع وہو بقل جاز ولو استحصد وادرک لم یجز لان العامل انما یستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناہی والادراک فلو جوزناہ لکان استحقاقا بغیر عمل ولم یرد بہ الشرع بخلاف ما قبل ذلک لتحقق الحاجۃ الی العمل **قال** واذا فسدت المساقاۃ فللعامل اجر مثلہ لانہ فی معنی الاجارۃ الفاسدۃ وصارت کالمزارعۃ اذا فسدت **قال** وتبطل المساقاۃ بالموت لانہا فی معنی الاجارۃ وقد بیناہ فیہا فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان یقوم علیہ کما کان یقوم قبل ذلک الی ان یدرک الثمر وان کرہ ذلک ورثۃ رب الارض استحسانا فیبقی العقد دفعا للضرر عنہ ولاضرر فیہ علی الآخر ولو التزم العامل الضرر یتخیر ورثۃ الآخر بین ان یقسموا البسر علی الشرط وبین ان یعطوہ قیمۃ نصیبہ من البسر وبین ان ینفقوا علی البسر حتی یبلغ فیرجعوا بذلک فی حصۃ العامل من الثمر لانہ لیس لہ الحاق الضرر بہم وقد بینا نظیرہ فی المزارعۃ ولو مات العامل فلورثتہ ان یقوموا علیہ وان کرہ رب الارض لان فیہ النظر من الجانبین فان ارادوا ان یصرموہ بسرا کان صاحب الارض بین الخیارات الثلثۃ التی بیناہا وان ماتا جمیعا فالخیار لورثۃ العامل لقیامہم مقامہ وہذا خلافۃ فی حق مالی وہو ترک الثمار علی الاشجار الی وقت الادراک لا ان یکون وراثۃ فی الخیار فان ابی ورثۃ العامل ان یقوموا علیہ کان الخیار فی ذلک الی ورثۃ رب الارض علی ما وصفنا

بیان شروط المساقاۃ کماذکرہ بین بیان الاقوال الثلثۃ المذکورۃ اجنبیا کما لایذہب علی ذوی فطانۃ **قولہ** لانہا تنمو ماترکت فی الارض فجہلت المدۃ قال صاحب العنایۃ وقولہ لانہا تنمو ماترکت فی الارض لیس الرطبۃ ولم یذکر دلیل النخیل والرطبۃ اذا شرط القیام علیہما حتی یذہب اصولہما لانہ لانہایۃ کذلک فکان غیر معلوم وفی نسخۃ فکان معلوما انتہی اقول فیہ کلام اما اولا فلان کون قولہ لانہا تنمو ماترکت فی الارض دلیل الرطبۃ وحدہا ممنوع بل یمکن ان یجعل دلیلا علی المجموع بجریانہ فی المجموع کیف ولا شک ان اصل الدلیل وہو قولہ لانہ لیس لذلک نہایۃ معلومۃ یعم المجموع فینبغی ان یعم دلیل ذلک الدلیل ایضا للمجموع عندہ کان ذلک واما ثانیا فلان ما ذکرہ من العذر لعدم ذکر المصنف دلیل النخیل والرطبۃ اذا شرط القیام علیہما حتی یذہب اصولہما لیس بتام اما علی النسخۃ الاولی التی معناہا لانہ لانہایۃ لذلک ای لبیان ذہاب اصولہما فکان اتی المدۃ بتاویل الوقت غیر معلوم فلانہ یرد علیہ انہ انما یفید تحقق دلیل تینک الصورتین ایضا ولا یتم عذر العدم ذکر دلیلہما کما ہو المقصود واما علی النسخۃ الثانیۃ التی معناہا لانہ لانہایۃ لذلک فکان معلوما ای کان دلیل تینک الصورتین معلوما لظہور فساد جہالۃ المدۃ العقد فلم یحتج الی ذکرہ فلا یرد علیہ ان لایقتضی انہ لایذکر دلیل الرطبۃ ایضا لان حاصل ذلک الدلیل ایضا جہالۃ المدۃ فینبغی ان لا یذکر ذلک ایضا بناء علی کونہ معلوما فتامل **قولہ** ولو التزم العامل الضرر یتخیر ورثۃ الآخرین ان یقسموا البسر علی الشرط وبین ان یعطوہ قیمۃ نصیبہ من البسر وبین ان ینفقوا علی البسر حتی یبلغ فیرجعوا بذلک فی حصۃ العامل من الثمر قال الامام الزیلعی فی شرح الکنز وفی رجوعہم فی حصتہ فقط اشکال وکان ینبغی ان یرجعوا علیہ بجمیعہ لان العامل انما یستحق بالعمل فکان العمل کلہ علیہ ولہذا اذا اختار المضی او لم یمت صاحبہ کان العمل کلہ علیہ فلو رجعوا علیہ بحصتہ فقط یؤدی الی استحقاق العامل بلا عمل فی بعض المدۃ وکذا ہذا الاشکال وارد فی المزارعۃ ایضا انتہی وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلک قلت لا اشکال اذ معنی الکلام یرجعون فی حصۃ العامل بجمیع ما انفقوا لابحصتہ کما فہمہ ہذا العلامۃ انتہی اقول ما ذکرہ ذلک البعض من المعنی خلاف ما صرح بہ فی ہذا المقام فان عبارۃ الکافی للعلامۃ النسفی وعبارۃ شرح الکافی للحاکم الشہید وعبارۃ غایۃ البیان وغیرہا ہکذا وان شاؤا انفقوا علی البسر حتی یبلغ ویرجعوا بنصف نفقتہم فی حصۃ العامل من الثمن کما مر فی المزارعۃ انتہی ولا شک انہا صریحۃ فی ان ما یرجعون بہ نصف نفقتہم لا جمیعہا فانی یتیسر الحمل علی خلاف ذلک **قولہ** ولو اراد العامل ترک ذلک العمل ہل یکون عذرا فیہ روایتان قال فی العنایۃ یعنی فی کون ترک العمل عذرا روایتان فی احدہما لایکون عذرا ویجبر علی ذلک لان العقد لازم لایفسخ الا من عذر وہو ما یلحقہ بہ ضرر وہہنا لیس کذلک وفی الاخری عذر انتہی اقول فی تفسیر کلام المصنف بالوجہ المذکور خلل اذ یصیر حاصل معناہ حینئذ فی کون ترک العمل عذرا روایتان احدہما کونہ عذرا والاخری عدم کونہ عذرا فیؤدی الی کون الشئ ظرفا لنفسہ ولنقیضہ ولایخفی بطلان ذلک والوجہ عندی ان معنی قول المصنف فیہ روایتان فی جواب ہذہ المسئلۃ وہی قولہ ہل یکون عذرا لفیہ روایتان احدہما بالایجاب وہو ان یکون عذرا والاخری بالسلب وہو ان لایکون عذرا فحینئذ لاغبار فیہ کما لایخفی علی الفطن **قولہ** تاویل احدیہما ان یشترط العمل بیدہ فیکون عذرا من جہتہ اقول فیہ انہ انما یکون عذرا من جہتہ ان لو ترک ذلک العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض اونحو ذلک واما اذا ترک بالاختیار فلا یظہر وجہ کونہ عذرا من جہتہ والکلام ہہنا فی الترک الاختیاری لان الترک الاضطراری انما یکون بسبب عذر

ولتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحهما والله اعلم

كتاب الذبائح

مقرر وقد مر مسئلة جواز الفسخ بالاعذار رواية واحدة فذكر مسئلتنا هذه بعدها وبيان وقوع الروايتين فيما يدل على ان المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختياري لا غير فتامل **قوله** ولتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض قال صاحب النهاية يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر الغراس بل يكون تسليما لقطعة خشبية وهو ما شرطا ذلك بل شرطا تسليم الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يمكن تسليمها وهي نابتة وجب رد قيمتها انتهى واقتفى اثره في شرح هذا المحل على هذا المنوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية واعترض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشب حيث قال فيه بحث اذ لا نسلم حينئذ لم يكن تسليما للشجر انتهى اقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على ما نص عليه في [illegible] كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الارض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليمه تسليم الشجر [illegible] بل يكون تسليما لقطعة خشبية كما قاله هؤلاء الشراح ثم ان قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبية مستدرك لا يجدي طائلا ههنا اذ ان استحقاق الغارس الشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون الشجر ملكا له كما صرحوا به ولهذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين تدبر ترشد **قوله** وفي تخريجها وجه آخر بيناه في كفاية المنتهى يعني وفي تخريج هذه المسئلة طريق آخر اي دليل آخر سوى ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه اي بينا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف ارضه او شراؤه جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج فكان [illegible] هذا العقد بجهالة [illegible] الا معنى الاستئجار الذي هو في معنى قفيز الطحان انتهى اقول يرد على الصورة الثانية ما ذكره [illegible] قولهم او شراؤه جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج انما لا يصلح لان يكون طريق تخريج هذه المسئلة لان وضع هذه المسئلة على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين وفي الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الارض فلا يتمشى المناصفة في الشجر فتامل

كتاب الذبائح

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المآل فان المزارعة اتلاف للبذر بالقائه في الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى اقول يتجه على ظاهره ما ذكروه من المناسبة انما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح اذ لا اتلاف في المساقاة والذي وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم الا ان يقال جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شيء واحد بناء على اتحادهما في اكثر الشرائط والاحكام كما تقرر في مباحثهما فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكتفوا بذلك وعن هذا ترى كثيرا من اصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وغيرها اكتفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بابا منها وعنونوها بالمعاملة وذكر كل واحدة من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبداد كل واحدة منها بذاتها و

قال الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولأن بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهي الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى

اختصاصها باحكامها بل يكفي جهة التقارب بينهما في الجملة الا يرى انهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع انه من انواع البيوع قطعا كما مر جوابه ثم ان الذبائح جمع ذبيحة وهو اسم ما يذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج كذا في الكافي والكفاية اعلم ان بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا الى ان الذبح محظور عقلا لما فيه من ايلام الحيوان ولكن الشرع احله قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندي باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به ان كان يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون باسم الاصنام فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه انتهى وقال في العناية بعد ذكر ذلك اجيب بانه يجوز ان يكون ما كان يأكل ذبائح اهل الكتاب وليس الذبائح كالكذب والظلم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه المهم انتهى وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الائمة السرخسي والجواب المذكور في العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر اما الاول فلانه يحتاج الى دليل على انه كان يذبح بنفسه قبل البعثة واما الثاني فكذلك يحتاج الى دليل على انه كان يأكل من ذبائح اهل الكتاب فلم لا يجوز انه لم يكن اكل شيئا من الذبيحة الا بعد البعثة انتهى اقول ليس هذا بشيء لان كون النبي صلى الله عليه وسلم تناول اللحم قبل البعثة امر متواتر لا يحتاج الى دليل والدليل على انه كان يذبح بنفسه عند شمس الائمة ان لا يظن به عليه السلام انه كان يأكل ذبائح المشركين لما ذكره والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز انه كان يأكل ذبائح اهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج اليه لكونه مانعا لا مستدلا فلا محل لنظره اصلا

قوله قال الذكوة شرط حل الذبيحة قال في غاية البيان هذا وقع على خلاف وضع الكتاب لانه اذا ذكر لفظ قال في اول المسئلة كان يشير فيه الى ما ذكر في الجامع الصغير او مختصر القدوري وههنا لم تقع الاشارة الى احدهما ولهذا لم يذكره في البداية وكان ينبغي ان لا يورد لفظ قال او يقول قال العبد الضعيف مشيرا به الى نفسه انتهى وقال العيني بعد نقل ذلك قلت هذا التطويل بلا فائدة لانه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل واراد به نفسه فهذا ايضا مثله ولا يلزم تعيين الفاعل الا ترى انه عند اسناد القول الى القدوري او محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله وكذلك عند اسناده الى نفسه ولا يخفى هذا الا على من لا يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه اقول الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل واراد به نفسه ان اراد به انه ذكرها في اول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو فرية بلا مرية فاذا ذكرها في اول المسئلة كان يشير بها الى ما ذكر في الجامع الصغير او مختصر القدوري على الاطراد كما ذكره صاحب الغاية وان اراد بذلك انه ذكرها في اول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو واقع ولكن اذا ذكرها في مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة او قال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكر لفظة قال وحدها في مثل تلك المواضع قط وهذا غير خاف على من له دربة باساليب كلام المصنف فشارح العيني مكابر فيما ذكره هنا قوله لقوله تعالى الا ما ذكيتم فان حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من الحرمة المذكى فيكون

قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ويحل إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبيا أو مجنونا أو امرأة أما إذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا

قال صاحب العناية والمرتب على المشتق معلول الصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى أقول ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى لأن ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافي كون الصفة المشتق منها التي هي الذكوة علة للحكم كما لا يخفى على ذي مسكة **قوله وذبيحة المسلم والكتابي** حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم يعني بقوله لما تلونا قوله تعالى إلا ما ذكيتم فهو في حق المسلم وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم في حق الكتابي من باب اللف والنشر كذا ذكره تاج الشريعة وهو الأحسن عندي أيضا في بيان مراد المصنف ههنا قال صاحب العناية وقوله لما تلونا إشارة إلى قوله تعالى إلا ما ذكيتم ولما استشعر أن يقال إلا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قطعيا في الإفادة ضم إليه قوله عز من قائل وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم إلى ههنا كلامه أقول فيه بحث أما أولا فلأنا لا نسلم أن الخطاب في قوله تعالى إلا ما ذكيتم عام للكفار بل الظاهر أنه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السباق والسياق في النظم الشريف ألا يرى أن ما قبله أول سورة المائدة وهو قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم ولا شك أن الخطابات الواقعة هناك للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وقال القاضي البيضاوي وغيره من المفسرين أن قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الخ بيان لما يتلى عليكم فلا جرم يكون الخطاب في حرمت عليكم وإلا ما ذكيتم للمؤمنين خاصة أيضا فلا يكون مما يعم الوثني ونحوه ولئن سلم عمومه للوثني ونحوه أيضا فلا نسلم أنه من قبيل العام الذي خص منه البعض بل هو من قبيل العام الذي نسخ بعضه بإخراج الوثني والمجوسي والمرتد منه إذ قد تقرر في علم الأصول أن التخصيص عندنا إنما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناوله بما هو مستقل موصول بالعام وأن قصره على بعض ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص وأن الذي لا يكون قطعيا إنما هو العام الذي خص بعض ما يتناوله فإنه يكون قطعيا في الباقي بلا ريب ولا شك أن ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الأول لأن الذي يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى إلا ما ذكيتم فكان قطعيا في الإفادة ولئن سلم كونه ظنيا غير قاطع في الإفادة فهو كاف في إفادة المطلوب ههنا بلا حاجة إلى ضم شيء آخر إذ قد تقرر في علم الأصول أيضا أن الدليل الظني يفيد وجوب العمل وإن لم يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ثانيا فلأن مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله تعالى إلا ما ذكيتم على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم بأن يقال أيضا إنه عام مخصوص لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فيقتضي أن يضم إليه أيضا دليل آخر وأما ثالثا فلأن الضم المذكور إنما يفيد في حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم أن يبقى الدليل قاصرا عن إفادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور اللهم إلا أن يدعى أن الدليل الثاني إذا أفاد حل ذبيحة الكتابي أفاد حل ذبيحة المسلم أيضا دلالة ثم إن المراد بالطعام في قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب ذبائحهم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم واستدل صاحب الكافي وكثير من الشراح على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة إذ قد يستوي الكتابي وغيره فيما سوى الذبائح من الأطعمة فإن المجوسي إذا أعطاه سمكة حل أكلها ورد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه نظر فإن التخصيص باسم العلم يدل على النفي عما سواه بل مرادهم

والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا تؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل ما يذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم قال وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي رح اكل في الوجهين وقال مالك رح لا تؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي رح مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشائخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية

كما تنادى عليه كلامهم انه لو لم يحمل على ذلك لحصل تخصيص اهل الكتاب بالذكر في كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علوا كبيرا ولا يذهب عليك
ان الاستدلال بهذا الوجه يتمشى على اصل من لا يقول بمفهوم المخالفة ايضا اذ لا يرضى احد بخلو كلام الله عن الفائدة **قوله** والاقلف والمختون
سواء لما ذكرنا اختلفت المشايخ في تعيين كلام المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية وغاية البيان اراد به الاثنين المذكورين وهما قوله
تعالى الا ما ذكيتم وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم لان الخطاب عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظر لان عادته
في مثله لما تلونا وقال تاج الشريعة اراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة ورده ايضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله ايضا وهذا ليس بمذكور
في الكتاب **اقول** يمكن ان يقال من جانب تاج الشريعة ان ذلك وان لم يكن مذكورا في الكتاب صراحة الا انه مذكور فيه ضمنا حيث قال
فيما مر ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال صاحب العناية والاولى ان يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به تمييز الدم
النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك انتهى **اقول** فيه نظر لان قوله ولان به تمييز الدم النجس من اللحم الطاهر انما يدل على كون الزكوة شرط
حل الذبيحة ولا يدل على ان الاهل للذبح من هو كيف وتمييز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبح الوثني والمجوسي والمرتد ايضا مع انهم
ليس باهل الذبح قطعا وقول المصنف لما ذكرنا تعليل لاستواء الاقلف والمختون في الاهلية للذبح فكيف يصلح ان يجعل اشارة الى ما لا دلالة
فيه على ذلك اصلا وهو قوله ولان به تمييز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم **اقول** هنا احتمال آخر اقرب مما ذكروا وهو ان يكون قوله لما ذكرنا اشارة
الى قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امراة فانه قد علم من ذلك ان مدار حل الذبيحة ان يكون
الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ولا يخفى ان الاقلف والمختون لا يتفاوتان في ذلك فكانا سواء في حكم حل ذبيحتهما تدبر تفهم **قوله** وان
ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي تؤكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في الوجهين قال
صاحب العناية في شرح هذا المحل ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان او اضطراريا عامدا او ناسيا قال الشافعي بشمول الجواز و
مالك بشمول العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل انتهى **اقول** كانه حسب انه اتى في شرح هذا المحل
بكلام جامع لاقسام المسئلة كلها لكنه اخل بحق المقام في تحريره هذا اما اولا فلان قوله عند الذبح ينافي تعميم الذبح للاختياري والاضطراري
كما يقتضيه قوله اختياريا كان او اضطراريا لانهم صرحوا بان كون التسمية عند الذبح انما يشترط في الزكوة الاختيارية واما في الاضطرارية فيشترط
كون التسمية عند الارسال والرمي لا غير وسيجي ذلك في الكتاب ايضا واما ثانيا فلان قول المصنف والشارح المزبور ايضا فيما بعد وعلى هذا
الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي ينافي تعميم الذبح في مسئلتنا هذه للاختياري والاضطراري اذ الظاهر
ان القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي الى آخره يقتضي عدم دخول المقيس عليه **قوله**
له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم **اقول** فيه ان دليله هذا قاصر عن افادة تمام مدعاه ولان المسلم والكتابي في
ترك التسمية سواء كما مر آنفا وهذا الحديث انما ينتهض حجة في حق المسلم وحده **قوله** ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه

ومالك رحمه الله يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالاخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يوكل **قال** ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احدها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده وهذا لا باس به لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد لله على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف **قال** والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء **قال** والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت

نهي وهو التحريم قال في العناية وجه الاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله ولا تاكلوا عام موكد من الاستغراقية التي تفيد التاكيد وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك انتهى **اقول** فيه كلام اما اولا فلان مقتضى قوله ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير ان يكون قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الا على ان لا يوكل المذبوح بالذبح الاضطراري اصلا لان ذكر اسم الله عليه انما يكون حال الارسال والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه فكان مما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فلزم ان يدخل تحت النهي عن الاكل في الآية المذكورة مع ان حل اكل المذبوح بالذبح الاضطراري اذا ذكر عليه اسم الله حال الارسال او الرمي مجمع عليه بلا ريب واما ثانيا فلان قوله الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان ينافي قوله فيما قبل هو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا الا ان جعل الشرع الناسي ذاكرا لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى ما لم يذكر اسم الله عليه لما كان عامدا وناسيا وتخصيص الشئ مما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور ايضا فتحقق التنافي بين الكلامين تامل تقف قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه قال في غاية البيان اي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية ولان قوله ما لم يذكر اسم الله عليه يشمل العمد والنسيان جميعا لعدم التقييد باحدهما انتهى وقال في العناية استدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بابلغ وجه وهو تاكيد بمن الاستغراقية عن اكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى **اقول** الظاهر مما ذكر في هذين الشرحين ان يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان الانسب في مثله ان يقول لما تلونا فما معنى المخالفة لما ههنا وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الصفحة الاولى فالاظهر عندي ان يكون مراده بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عادته لان عادته ان يقول لما تلونا فيما اذا اراد الكتاب وحده وان يقول لما روينا فيما اذا اراد السنة وحدها فلما اراد ههنا مجموعهما اتى بكلمة جامعة فقال ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا من قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وحديث عدي بن حاتم الطائي اذ لا فصل في ظاهر كل منهما كما ترى قوله لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت قال تاج الشريعة الفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون بكسر الهمزة ههنا اليق انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية والعناية غير ان صاحب الكفاية اتى بلفظه واما صاحب العناية فذكر لفظ الانسب بدل لفظ اليق وقال ولهذا قال المص بعد هذا الورود والامر بالفرية **اقول** فيما ذكره هؤلاء الشراح نظر لان صاحب القاموس عمم الفري والافراء للاصلاح والافساد بلا فرق بينهما حيث قال فراه يفريه شقه فاسدا او صالحا كفراه وافراه انتهى فعلى هذا لا يتم ما ذكروه اصلا واما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما الا انه جعل الذبح من قبيل الافراء دون الفري حيث قال عن ابي عبيد والفرق بين الافراء والفري انه قطع للافساد وشق كما يفري الذابح والسبع والفري قطع للاصلاح كما يفري الخراز الاديم انتهى فعلى الاول

وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المرى والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرى الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رح ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرى واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشائخنا رحمهم الله ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يوكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه فالحاصل ان عند ابي حنيفة رح اذا قطع الثلث اى ثلث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل فرد منها ولابي يوسف رح ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم يخالف المرى فانه مجرى العلف والماء والمرى مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رح ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واى ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون باكله بأس الا انه يكره هذا الذبح

قوله فيكون بكسر الهمزة ههنا هو الاليق اذ لا شك ان الذبح انما كان من قبيل الافراء دون الفري كان فتح الهمزة ههنا هو الانسب ثم ان صاحب المغرب قال وقد جاء فرى بمعنى افرى ايضا الا انه لم يسمع به في الحديث انتهى فعلى هذا لا مجال لكسر الهمزة في الحديث لكونه غير مسموع به فضلا عن ان يكون اليق وانسب ولنا قول المصنف فيما بعد في اثناء تعليل قول محمد ولورود الامر بفريه فلعله جرى منه على استعمال فرى بمعنى افرى ايضا كما ذكر في المغرب ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث لان ما ذكره فيما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث او اختيار منه لعدم الفرق بين الفري والافراء مطلقا كما ذكر في القاموس هكذا ينبغي ان يفهم هذا المقام قوله وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المرى والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرى قال في العناية احتج الشافعي بانه جمع الاوداج وما ثمه الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرى لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما اقول يرد على هذا الاحتجاج انه لو كان المقصود بها مجرد ما يحصل به زهوق الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمرى اذ الحيوان لا يعيش بعد قطع احدهما ايضا كما لا يخفى وقد افصح عنه المصنف في تقرير دليل ابي حنيفة فيما بعد حيث قال لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام مع ان الشافعي لم يقل بكفاية قطع احدهما بل شرط قطعهما معا وقال في العناية بعد ذكر الاحتجاج المسفور وهو ضعيف لفظا ومعنى اما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمرى اصلا واما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه انتهى اقول ما ذكره في وجه ضعفه لفظا ليس بسديد اذ قد ذكر في الاحتجاج المزبور وجه دلالة الاوداج على الحلقوم والمرى بانه جمع الاوداج وما ثمه الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرى فلا معنى بعد ذلك لمجرد نفي دلالتها عليهما بل لا بد من بيان محذور كما لا يخفى قوله الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه قال بعض الفضلاء فيه بحث لان المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل ابي حنيفة حمل الاوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى اقول ليس هذا بشيء لان ما سيجئ من كلام المصنف في تعليل قول ابي حنيفة وان اقتضى حمل الاوداج على الاستغراق الا انه لا يقتضي ان يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة بل يجوز ان يتحقق الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ على قطع الثلثة عبارة وعلى قطع الرابع ايضا اقتضاء كما ذكره ههنا اذ لا شك انه يحصل من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتي الدلالة اعني العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توهم قوله ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب اقول لقائل ان يقول لو كان في قطع الودجين معا زيادة التعذيب وكان في الاكتفاء بقطع احدهما تحرز عنها لما كان قطع العروق الاربعة جميعا في الزكوة اولى عند ابي حنيفة ايضا بل ينبغي ان يكون الاكتفاء بقطع احد الودجين اولى فان تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على ما تقرر في كثير من كتب الفقه مع انه صرح في الشروح وغيرها بان قطع الجميع اعلى عند ابي حنيفة ايضا فتامل قال في العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمه معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد لان ما تحته ليس افراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك انتهى واورد عليه بعض الفضلاء

وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانها مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد رح في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره او لم يؤكل قال ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الراس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت تفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد راسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الراس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة ايلام لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه ويكره ان يجرها برجلها الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال وان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا وقال مالك رح لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف ولا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد رح ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل قال والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره اما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك رح انه لا يحل قال ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل في الحياة حتى تتصور حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكاة وهو التمييز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروج الدم ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

قال ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لان النبي عليه السلام نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطير وكل ذي ناب من السباع

حيث قال فيه بحث فانه انما يحمل على الجنس اذا تعذر حمله على الاستغراق وهنا ليس كذلك انتهى اقول ليس لهذا الايراد مساس بالكلام المذكور في الغاية اذ لم يقل فيها ان الجمع حمل هنا على الجنس حتى يمكن ان يعترض عليه ان المعرف بالالف واللام انما يحمل على الجنس عند ارباب علم الاصول اذا تعذر حمله على الاستغراق وهنا ليس كذلك بل قال فيها ان ما تحت ما نحن فيه ليس افرادا حقيقية لان اطلاقه على غير الوجهين بطريق التغليب او الانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك اي فيما يكون ما تحته من افراد حقيقية فصار حاصله نفي جواز الحمل على الجنس هنا فلا يتجه عليه الايراد المذكور اصلا قوله وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة اقول هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي بل يدل على خلاف مدعاه في البعض فان القرن ايضا داخل في المدعى مع ان الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز اكل المذبوح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقي ما عداهما في حكم المستثنى منه قوله ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكوة اقول فيه بحث لانه ان اراد بقوله انه فعل غير مشروع انه محرم فهو ممنوع عندنا بل هو اول المسئلة وان اراد بذلك انه مكروه فهو مسلم ولكن لا نسلم انه لا يكون ذكوة حينئذ بل هو ايضا اول المسئلة فانه مكروه عندنا ولكنه ذكوة يجوز اكل المذبوح به كما فصح عنه المصنف بقوله حتى لا يكون باكله بأس الا انه يكره هذا الذبح فلم يتم هذا التعليل المذكور من قبل الشافعي على المطلوب كما ترى قوله والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة قال في المغرب النخاع خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفتح والضم لغة في الكسر ومن قال هو عرق فقد سها انما ذلك النخاع بالغاء يكون في القفا ومنه نخع الشاة اذا ابلغ بالذبح ذلك الموضع فالنخع ابلغ من النخع انتهى وذكر صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير انه لم ينسبه الى المغرب فصاحب العناية كانه حسب ان صاحب النهاية ذكر ما ذكره هنا من عند نفسه حيث قال فسره المصنف بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد في الصلب ورد بان بدن الحيوان مركب من عظام واعصاب وعروق وهي شرائين واوتار وما ثمه شيء يسمى بالخيط اصلا الى هنا لفظ العناية اقول الرد المذكور مردود لان ما ذكره من العظام والاعصاب والعروق انما هو اعضاء مفردة لبدن الحيوان وله اعضاء اخر مفردة كالغضروف والرباط والغشاء واللحم والشحم وغير ذلك ومركبة تركيبا اوليا كالعضل او ثانيا كالعين او ثالثا كالوجه ثم الراس مثلا على ما بين كله في كتب الطب فان اراد بقوله وما ثمه شيء يسمى بالخيط انه ما في الاعضاء المفردة المخصوصة التي ذكرها شيء يسمى بالخيط فهو مسلم لكن لا يجدي شيئا اذ لم يقل احد بان النخاع من تلك الاعضاء المخصوصة حتى يلزم من ان لا يسمى شيء من تلك الاعضاء بالخيط ان لا يكون النخاع خيطا وان اراد به انه ما في اعضاء بدن الحيوان واجزائه مطلقا شيء يسمى بالخيط فهو ممنوع جدا كيف ولا شك ان النخاع من اجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخيط منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام ومنها صحاح الجوهري فانه قال فيه وهو الخيط الابيض الذي في جوف الفقار ومنها القاموس فانه قال فيه والنخاع مثلثة الخيط الابيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب في الجسم الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

لما ذكر احكام الذبائح شرع في تفصيل الماكول منها وغير الماكول اذ المقصود الاصلي من شرعية

وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف **قال** ولا بأس بغراب الزرع لانه ياكل الحب ولا ياكل الجيف وليس من سباع الطير **قال** ولا يؤكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف قال ابو حنيفة رحمه الله لا بأس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب اكله الجيف **قال** ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها **قال** ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر **قال** ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا بأس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد

الذبح المتوسل الى الاكل وقدم المذبح لان وسيلة الشيء تقدم عليه في الذكر **قوله** وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخلب او ناب قال صاحب غاية البيان وكذا قرر شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح المبسوط ثم قال ولنا في هذا التقرير نظر لان الثقات من المحدثين رووا الحديث باجمعهم بتقديم كل ذي ناب من السباع على كل ذي مخلب من الطيور فلا يتمشى هذا التقرير ولو صحت تلك الرواية لا يمنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذي ناب اولى بالانصراف اليه لكونه اقرب انتهى اقول ان قوله لان قوله وكل ذي ناب اولى بالانصراف اليه لكونه اقرب ليس بتام لان كونه اقرب انما يقتضي اولوية انصرافه اليه من انصرافه الى النوع الاول وحده ولا يقتضي اولوية انصرافه اليه من انصرافه الى النوعين اليهما ومدعى الشيخين انصرافه اليهما معا فلا يقدح فيه ما ذكره والوجه ان يقال بين النوع الاول بقوله من الطيور وهو يابى ان يكون البيان المذكور في ذيل النوع الثاني وهو قوله من السباع مصروفا الى النوعين جميعا اذ المتبادر ان يكون كل من البيانين قيدا لما قرن به من احد النوعين مذكورا بازاء الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعي على ما هو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر **قوله** والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة قال الشراح الفرق بين الاختطاف والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع البهائم انتهى اقول فعلى هذا كان ينبغي للمصنف ان يقول والسبع كل مختطف او منتهب الى آخر ما ذكره لان قوله والسبع كل مختطف منتهب يشعر اجتماع الاختطاف والانتهاب في كل سبع وذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى **قوله** وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف الرخم جمع رخمة وهي طائر ابقع يشبه النسر في الخلقة يقال له الانوق كذا في الصحاح والبغاث طائر ابغث الى الغبرة دون الرخمة بطيء الطيران كذا في الصحاح ايضا معزيا الى ابن السكيت وقال في القاموس البغاث مثلثة الاول طائر اغبر انتهى قال جمهور الشراح ههنا البغاث ما لا يصيد من صغار الصيد وضعافه وقال بعض منهم بعد ذلك كالعصافير ونحوها اقول هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب اما اولا فلانه يتناول ما يوكل لحمه ايضا كالعصافير فانها مما يوكل لحمه بلا خلاف كما صرح به في اوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضيخان واما ثانيا فلان كثيرا مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا ياكل الجيف بل ياكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالبغاث المذكور في الكتاب ما فسروه به لزم ان لا يتم قول المصنف لانهما ياكلان الجيف نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسره الشراح به ههنا فانه قال في ديوان الادب البغاث ما لا يصيد من الطير وقال في المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال في الصحاح قال الفراء بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى الا ان شيئا من ذلك لا يصلح ان يجعل تفسيرا لما في الكتاب لما ذكرنا من الوجهين وانما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر في الصحاح اولا معزيا الى ابن السكيت وما ذكر في القاموس ايضا تبصر ترشد **قوله** وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال صاحب معراج الدراية اي لان الضب من الحشرات فاذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع افراده كما اذا قال طبيب لمريض لا تاكل لحم البعير يتناول نهيه كل افراده انتهى واقتفى اثره العيني اقول ليس ذاك بسديد لان الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات انما هو من قبيل ان يرتب الحكم على فرد من افراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر افراد ذاك الجنس ايضا لا من قبيل ان يرتب الحكم

في التبيين للحرمة ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه الاول اصح واما لبن فقد قيل لا بأس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد **قال** ولا بأس باكل الارنب لان النبي عليه السلام اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه رضي الله عنهم بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي **قال** واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه الا الآدمي والخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما اما الآدمي فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه يؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا حكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد منه من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل **قال** ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة من اهل العلم باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحدهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال **قال** ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة **قال** ولا بأس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكاة وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الآخذ رأسه ويشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي وعند التأمل يقف المتبحر عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله اعلم بالصواب

كتاب الأضحية

على الجنس فيتسحب ذلك الحكم على جميع افراد ذلك الجنس كما توهم ذلك الشارح فان الظاهر ان مراد المصنف هو انه انما تكره الحشرات كلها لان الضب منها وقد ورد في كراهة اكله النص فيستدل بكراهة اكله على كراهة اكل سائر الحشرات ايضا بطريق القياس لاشتراك كلها في علة الكراهة ثم اقول ليت شعري لم وقع المصنف عن هذا المضيق ولم يتشبث في اثبات كراهة اكل الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث فان الظاهر ان الحشرات كلها من الخبائث والا لا يستقيم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما لا يخفى

قوله ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح قال صاحب العناية في تعليل كون الاول اصح لانه روي ان ابا يوسف سأل ابا حنيفة رحمه الله اذا قال في شيء اكرهه فما رأيك فيه قال التحريم انتهى اقول فيه نظر لان هذا انما يدل على كون الاول اصح ان لو كان المروي عن ابي حنيفة رحمه الله في هاتيك المسألة منحصرا في لفظ اكرهه فكان بعضهم حمله على التحريم وبعضهم حمله على التنزيه وليس كذلك بل المروي عنه فيها لفظان احدهما لا يعجبني اكله وبه اخذ من قال بكراهة التنزيه وثانيهما اكرهه وبه اخذ من قال بكراهة التحريم فمبنى اختلاف القولين لاختلاف اللفظين المرويين عنه كما صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزبور نفسه ايضا حيث قال متصلا بتعليله المذكور وهي اختلاف المشايخ في قول ابي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه وحض بعض الفضلاء في لحم الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي عنه انه قال اكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن ابي يوسف تأمل **قوله** لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل اقول الظاهر ان ضمير لهم راجع الى جميع من خالفنا في هذه المسألة على التفصيل المار اذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل الشافعي مع ان التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا يتمشى على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكلب والانسان كما مر ذلك ايضا اذ على ذلك القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتأمل **قوله** ولان ميتة البحر موصوفة بالحل للحديث اقول لا يذهب على الفطن ان هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى ذلك والشافعي بدون المصير الى اطلاق ذلك الحديث ايضا للسمك الطافي وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما هو مقتضى كلام المصنف بل ينبغي ان يقال لاطلاق ما روينا واطلاق حديث حل ميتة البحر

كتاب الأضحية

اورد الاضحية عقيب الذبائح لان الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا اقول فيه مناقشة وهي انهم ان ارادوا ان الخاص يكون بعد العام في الوجود فهو ممنوع اذ قد تقرر عند المحققين انه لا وجود للعام الا في ضمن الخاص وان ارادوا ان الخاص يكون بعد العام في التعقل فهو انما يكون اذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا بالكلية كما عرف ولم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن ان يقال تمييز الذاتي من العرضي انما يتيسر في الحقائق النفس الامرية واما في الامور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر داخلا في مفهوم شيء يصير ذاتيا لذلك الشيء ويكون تصور ذلك الشيء بالامور الداخلة في مفهومه تصورا له بالكنه ولا شك ان معنى الذبح داخل في معنى الاضحية لغة وشريعة فيتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثاني تأمل تقف ثم ان بيان معنى الاضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات الشراح فقال صاحب النهاية اما اللغة فالاضحية اسم شاة ونحوها تذبح في يوم الاضحى انتهى اقول فيه نوع مخالفة لما ذكر في مشاهير كتب اللغة من التعلق

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله

والصحاح وغيرهما فان المذكور فيها ان الاضحية شاة تذبح يوم الاضحى ولم يذكر في واحد منها عموم الاضحية لشيء من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها في عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العناية ومعراج الدراية الاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى انتهى اقول فيه سماحة ظاهرة فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحى من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الاضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحب الكافي والكفاية هي ما يضحى بها اي يذبح انتهى اقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحى وغيره وانما هذا معنى الذبيحة مطلقا ولا شك ان الاضحية اخص منها ثم قال صاحب النهاية وا[illegible] شرعا فالاضحية اسم لحيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضان والمعز بسن مخصوص وهو الثني فصاعدا من هذه الانواع الاربعة والجذع [illegible] في يوم مخصوص وهو يوم الاضحى عند وجود شرائطها وسببها انتهى وقال صاحب العناية [illegible] وص وهو يوم الاضحى انتهى اقول يرد على ظاهره ان الاضحية في الشرع عبارة [illegible] الحيوان في ذاك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الاضحية وقد لوح اليه صاحب الاصلاح [illegible] ما يذبح في يوم الاضحى بنية القربة وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص فلم يفرق بين الاضحية والتضحية انتهى ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بحمل الكلام على المسامحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذبوح نفسه وهذا كما قيل في تعريف العلم بحصول صورة الشيء في العقل ان المراد منه هو الصورة الحاصلة في العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال اعلم انه لا بد للتعريف من وجه آخر وهو ان يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض التعريف انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه ايضا بان قوله حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الآخر فان المراد بالمخصوص ما يعم المخصوص النوعي وهو الانواع الاربعة الابل والبقر والضان والمعز والمخصوص السني ايضا وهو الثني فصاعدا من الانواع الاربعة المذكورة والجذع من الضان وحده فلا ينتقض التعريف بشيء نعم لو فصله كما وقع في النهاية وغيرها لكان اظهر لكنه سلك مسلك الاجمال اعتمادا على ظهور تفصيل ذلك في تضاعيف المسائل الآتية ثم قال صاحب النهاية واما شرائطها فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الاداء اما شرائط الوجوب فاليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاسلام والوقت وهو ايام النحر حتى لو ولدت المراة ولدا بعد ايام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال واما شرائط الاداء فالوقت ولو ذهب الوقت يسقط الاضحية الا ان في حق المقيمين بالامصار يشترط شرط آخر وهو ان يكون بعد صلوة العيد ثم قال واما سببها فهو المبهم في هذا الكتاب فان سبب وجوب الاضحية وصف القدرة فيها بانها ممكنة او ميسرة لم يذكر في اصول الفقه ولا في فروعه اما الاول فاقول بالله التوفيق ان سبب وجوب الاضحية الوقت وهو ايام النحر والغنى شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشيء الى الشيء ان يكون حادثا به سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرر الوقت ظاهر وكذلك الاضافة فانه يقال يوم الاضحى كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد وان كان الاصل هو اضافة الحكم الى سببه كما في صلوة الظهر ولكن قد يضاف السبب الى حكمه كما في يوم الجمعة ومثل هذه

وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الطحاوي رحمه الله ان على قول ابي حنيفة رحمه الله واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشائخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة

الاضافة في الاضحية لم توجد في حق المال الا يرى انه لا يقال اضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سببها انتهى اقول فيه نظر لان الوقت لما كان شرط وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال ان يكون سببا لوجوبها لان الشيء الواحد لا يصح ان يكون شرطا وسببا لشيء واحد آخر اذ قد تقرر في علم الاصول ان الشرط والسبب قسيمان قد اعتبر في احدهما ما ينافي الآخر فانه قد اعتبر في السبب ان يكون موصلا الى المسبب في الجملة وفي الشرط ان لا يكون موصلا الى المشروط اصلا بل كان وجود المشروط متوقفا عليه ومن المحتمل ان يكون شيء [illegible] موصلا الى شيء واحد آخر وان لا يكون موصلا اليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين وعن هذا قالوا [illegible] طا [illegible] فلم يلزم ان يكون سببا وشرطا بالنسبة الى شيء واحد قوله الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى قال [illegible] النهاية وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم [illegible] كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت القدرة بالميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكوة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال ادنى ما يتمكن به المرء من اقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم يجب الا بملك النصاب فدل ان وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيه الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان اعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على قوله بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة الاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر الى آخره حيث قال فيه ان المشتري اذا كان فقيرا حين اشتراها لها ولم يضح حتى مضت الايام فكذا الحكم ففي دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس في الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة فذلك لا اشتراط بنية الاضحية لا للقدرة فليتامل انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ لا نزاع لاحد في ان علة وجوب الاضحية على الموسر هي القدرة على النصاب بل الكلام هنا في ان القدرة التي تجب بها الاضحية على الموسر هل هي القدرة الممكنة ام القدرة الميسرة فاستدل صاحب النهاية على انها هي القدرة الممكنة بمسئلة ذكرت في فتاوى قاضيخان وهي ان الموسر اذا اشترى شاة الاضحية في اول ايام النحر فلم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية واقتفى اثره صاحب العناية ولا شك في استقامة هذا الاستدلال اذ لو كان وجوبها بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا على ما تقرر في علم الاصول ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر في حكم [illegible] وهو وجوب التصدق بعينها او بقيمتها لان علة الوجوب في المعسر هي الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به لا القدرة وعلته في الموسر هي القدرة لا الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به ايضا فبعد ان تقرر ان علته في الموسر هي القدرة لا غير يكون تلك المسئلة دليلا واضحا على تعيين ان المراد بتلك القدرة هي الممكنة لا الميسرة على ان اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة ممنوع اذ الواجب في صورة ان كان المشتري معسرا هو التصدق بعينها حية لا غير بخلاف ان كان موسرا كما سيجيء في الكتاب مفصلا وقال ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف ويفوت بمضي الوقت يدل على ان وجوبها

ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضى الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضى الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهى شاة تقام فى رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم

ليس بالقدرة الممكنة والا لم يسقط وكان عليه ان يضحى وان لم يشتر شاة فى يوم النحر انتهى اقول وليس هذا ايضا بشئ لان مراد المصنف هناك فوات ادائها الاضحية بمضى الوقت لا سقوطها بالكلية فى حق المقيم ايضا فان الاداء هو تسليم عين الثابت بالامر يفوت بمضى الوقت فى الواجبات الموقتة مطلقا لان الوقت شرط لادائها على ما عرف فى اصول الفقه واما القضاء فهو تسليم مثل الواجب بالامر فلا يسقط بمضى الوقت وانما الفائت بمضيه وقت لا غير وهذا ايضا مما عرف فى اصول الفقه وقد تقرر فيه ايضا ان القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلوة للصلوة وقد يكون بمثل غير معقول كالفدية للصوم وثواب النفقة والحج وعدوا الاضحية من القسم الثانى وقالوا ان اداءها فى وقتها باراقة الدم وقضاؤها بعد مضى وقتها بالتصدق بعينها او بقيمتها فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف ويفوت بمضى الوقت يدل على ان وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم وقوله والا لم يسقط وكان عليه ان يضحى وان لم يشتر شاة فى يوم النحر ليس بصحيح اذ لم يقل احد بسقوط وجوبها حتى يصح قوله والا لم يسقط ولم يقل احد بصحة اداء الموقتات بعد مضى وقتها حتى يصح قوله وكان عليه ان يضحى وان لم يشتر شاة فى يوم النحر فان التضحية اراقة الدم وهى انما تقبل فى وقت الاداء لا بعده وانما الذى يلزم بعده قضاؤها وهو انما يكون بالتصدق بعينها او بقيمتها لا بغير ثم قال ذلك البعض وسيقول المصنف انها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضى ايام النحر كالزكوة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصريح فى ان المعتبر فيها هو القدرة الميسرة الى هنا كلامه اقول وهذا ايضا ساقط جدا لان الاضحية انما تسقط بهلاك المال قبل مضى ايام النحر لا بهلاكه بعد مضيها حتى لو افتقر بعد مضيها كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها كما مر بيانه ووجه ذلك ما تقرر فى علم الاصول من ان وجوب الاداء فى الموقتات التى يفضل الوقت عن ادائها كالصلوة ونحوها انما يثبت آخر الوقت اذ هناك يتوجه الخطاب حقيقة لانه فى ذلك الآن يأثم بالترك لا قبله حتى اذا مات فى الوقت لا شئ عليه والاضحية من هاتيك الموقتات فتسقط بهلاك المال قبل مضى وقتها ولا تسقط بهلاكه بعد مضى وقتها لتقرر سبب وجوب ادائها اذ ذاك بل يلزم قضاؤها بالتصدق بعينها او بقيمتها بخلاف الزكوة فانها من الواجبات المطلقة دون الموقتة كما نص عليه فى علم الاصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقا اى فى اى وقت كان باعتبار القدرة الميسرة فيها ومن شرط تلك القدرة بقاؤها لبقاء الواجب لئلا ينقلب الى العسر كما عرف فى اصول الفقه فلو كان المعتبر فى الاضحية ايضا هو القدرة الميسرة لزم ان تسقط الاضحية اداء او قضاء بهلاك المال بعد ايام النحر ايضا لكون دوام القدرة الميسرة شرطا لا محالة ومراد المصنف بقوله المزبور بيان مشابهة الاضحية بالزكوة فى مجرد سقوطها بهلاك المال فى بعض الاحوال لا فى السقوط بهلاكه فى كل حال ومن البين فيه قوله من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضى ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب حيث قيد هلاك المال بكونه قبل مضى ايام النحر فى سقوط الاضحية واطلق هلاك النصاب فى سقوط الزكوة والعجب ان هذا الفرق مع وضوحه كيف خفى على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصريح فى خلافه قوله ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتى لم تنله شفاعتى واجيب بانه محمول على الترك اعتقادا او الترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام قد يجب المقاتلة به لان فيه ترك الاذان مما اتفقنا فى

والوقت وهو يوم الأضحى لأنها مختصة به وسنبين مقداره إن شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لأنه أصل في الوجوب عليه على ما بينا وعن ولده الصغير لأنه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وروي عنه أنه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لأن السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والأصل في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وإن كان يجب عنه صدقة الفطر وإن كان للصغير مال يضحي عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لأن القربة تتأدى بالإراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله والأصح أن يضحي من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه **قال** ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة والقياس أن لا تجوز إلا عن واحد لأن الإراقة واحدة وهي القربة إلا أنا تركناه بالأثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على أصل القياس وتجوز عن خمسة أو ستة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الأصل لأنه لما جاز عن سبعة فعمن دونهم أولى ولا تجوز عن ثمانية أخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ولا تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه إن شاء الله تعالى وقال مالك تجوز عن أهل بيت واحد وإن كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وإن كانوا أقل منها لقوله عليه السلام على كل أهل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لأن اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام أضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الأصح لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعا له وإذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لأنه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم أشرك فيها ستة معه جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لأنه أعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وإنما يطلبهم بعده فكانت الحاجة إليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد أمكن لأن بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا **قال** وليس على الفقير والمسافر أضحية لما بينا وأبو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان إذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر جمعة ولا أضحية

غير الحرام كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ذاك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث ايضا بان يكون المراد بقوله عليه السلام ولم يضح هو ترك التضحية اعتقادا او تركها اصلا فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم وبان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس واجبة واجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام فان قوله ضحوا امر هو للوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة على المعسرين انتهى اقول في تقريره الجواب عن الثاني خلل فان القول بانه مشترك الالزام ليس بصحيح لانه لما كان قوله ضحوا امرا وكان الامر للوجوب وجاز ان تحمل السنة في قوله فانها سنة ابيكم على الطريقة المسلوكة في الدين وهي تعم الواجب ايضا تعين جانبنا ولم تشترك في الالزام قط فالصواب في تقرير الجواب عن الثاني ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وقوله ضحوا دليلنا لانه امر فيفيد الوجوب وقوله فانها سنة ابيكم لا ينفي الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت او غير واجبة انتهى واورد بعض الفضلاء على الجواب عن الاول حيث قال فيه بحث فانه روى الدارقطني باسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلث كتبت علي وهن لكم تطوع الحديث انتهى اقول المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم ولا شك في اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر الى ما هو المقصود منه وانما يكون ذلك معارضة اخرى لاصل المدعى ولعل الشراح انما لم يتعرضوا للجواب عنه اصالة لكونه ضعيفا غير صالح للمعارضة لما روينا لان الدارقطني اخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا وجابر الجعفي ضعيف كما ذكره اهل الحديث وقال صاحب التنقيح وروي من طرق اخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى قوله

والوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به اقول ههنا شائبة مصادرة لان قوله والوقت عطف على قوله والحرية في قوله وانما اختص الوجوب بالحرية فيصير المعنى وانما اختص وجوب الاضحية بالوقت الذي هو يوم الاضحى لانها اي الاضحية مختصة به اي بذلك الوقت فيؤول الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى الا ان يقال المذكور في العلة اختصاص الاضحية نفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الاضحية فالمراد هنا تعليل اختصاص وجوب الاضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الاضحية به ولا مصادرة فيه لانا نقول لا معنى لاختصاص الاضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به اذ لا شك في امكان فعل التضحية في جميع الاوقات فلا بد ان يكون المراد بقوله لانها مختصة به فيلزم المحذور المذكور وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله وانما اختص الوجوب بالحرية الى آخره والتقييد بالحرية لانها قربة مالية مفتقرة الى الملك والحر هو المالك ثم قال والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الاضحية بذلك الوقت ولا مصادرة فيه فان قلت يجوز ان يكون مراد المصنف بقوله وانما اختص الوجوب بالحرية وانما اختص القدوري في مختصره بالحرية على ان يكون كلمة اختص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده هنا بقوله لانها مختصة به في الشرع فاللازم تعليل تخصيص القدوري

قال ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التاخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة ولا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي رحمهما الله في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحى بها كما طلع الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا **قال** وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي رح ثلثة ايام بعده لقوله عليه السلام ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الآفاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية

وجوب الاضحية بالوقت باختصاص الاضحية في الشرع بذلك الوقت والا مصادرة فيه قلت فحينئذ يصير معنى الكلام في هذا المقام بمنزلة اللغو فان المقصود بيان الاختصاص الشرعي وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله باختصاصه بالحرية وبالاسلام وبالاقامة وباليسار وعلى المعنى المذكور يلزم ان يكون المبين والمعلل ههنا مجرد تخصيص القدوري وجوبها بالوقت بدون ان يبين ويعلم اختصاصه الشرعي بذلك الوقت شئ اصلا ولا يخفى ما فيه **قوله** ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشير الى ما ذكره في المبسوط بقوله ومن ضحى قبل الصلوة في المصر لا يجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت اقول ههنا اشكال لان الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الاصل في هذه المسئلة وكذا سائر الاحاديث الواردة في بيان وقت جواز التضحية لا يدل شئ منها على دخول وقت الاضحية بطلوع الفجر من يوم النحر في حق اهل الامصار بل يدل ظاهر كل منها على ان اول وقتها في حق من عليه الصلوة بعد الصلوة فمن اين خذ دخول وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر في حق اهل الامصار ايضا على تقدير ان يتحقق المأخذ لذلك فالاشكال باق لانه اذا لم يتأدى الاضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلوة في حق اهل الامصار بل لم يمكن اداؤها قبل الصلوة في حقهم لعدم تحقق الشرط فما معنى جعل ذلك الشرط الذي قبل الصلوة من يوم النحر وقتا للاضحية في حق اهل الامصار ايضا وما ثمرة ذلك والظاهر ان ثمرة كون وقت ما وقت الواجب صحة اداء ذلك الواجب في ذلك الوقت ولا اقل من امكان ادائه فيه فتأمل ثم ان صاحب الوقاية قال في تحرير هذه المسئلة واول وقتها بعد الصلوة ان ذبح في مصر وبعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح في غيره وآخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في متنه واول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخره قبيل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلوة عليها ان ذبح في مصر وان ذبح في غيره لا وقال فيما نقل عنه في الحاشية هذا من المواضع التي اخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم ان اول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم يتنبه له تاج الشريعة انتهى كلامه اقول لا خطأ في كلام تاج الشريعة اصلا لان مراده بقوله واول وقتها اول وقت ادائها لا اول وقت وجوبها ولا شك انه اذا كان تقديم الصلوة عليها شرطا في حق اهل الامصار كان اول وقت ادائها في حقهم بعد الصلوة وان كان بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جدا عبارة الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال ووقت الاداء لمن كان في المصر بعد فراغ الامام عن صلوة العيد انتهى **قوله** ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزأه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم قال الشراح قوله اجزأه استحسانا يشير الى انه لا يجزيه قياسا وذلك لان اعتبار جانب اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز ذلك فانه قبل الصلوة من وجه وبعد الصلوة من وجه فوقع الشك في العبارات فيؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى اقول ههنا بحث وهو ان ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذي ذكروه لان كون صلوة اهل المسجد صلوة معتبرة لا تنافي كون صلوة اهل الجبانة ايضا صلوة معتبرة كيف وقول المصنف وكذا على عكسه صريح في ان صلوة اهل الجبانة ايضا صلوة معتبرة والا لما جاز العكس فاذا كانت كلتا الصلوتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد احدى الصلوتين قبل الاخرى وقضية الاخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكر في الكتاب في مقابلة القياس الذي ذكروه

قال ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال ولا تجزي مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزأه وان كان اكثر لم يجزه لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكى حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي الاكثر من النصف اجزأه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث وقال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف

قال ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين موجوئين والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا تجوز لان الجرب في اللحم فانتقص اما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكن الاعتلاف به اجزأه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا فعليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت فاشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احدهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزأه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فورها وكذا بعد فورها عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال ويجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر فقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزأهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا تجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة

فكيف تترك به القياس كما هو مقتضى جواب الكتاب **قوله** وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده اقول الظاهر ان قوله ويومان بعده ليشعر بانهما ليسا من ايام النحر لان معناه ويومان بعد يوم النحر والظاهر ان ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعده وايام النحر ثلثة والجواب ان المراد بقوله يوم النحر هو اليوم المحض واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وانما هما نحر وتشريق كما سيأتي في الكتاب والتحقيق ان يوم النحر بالافراد صار علما بالغلبة لليوم الاول من ايام النحر وهو يوم العيد واما ايام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية فلا تنافي بين الكلامين في المقامين بعد ان يشير **قوله** ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه كالنذر

فقيرا تصدق بها حية قال في معراج الدراية قيد الايجاب على نفسه غير مفيد لانه لو كان اوجبها بدون الايجاب على نفسه فالحكم كذلك انتهى اقول الذي كان يريد ان يعلم هنا هو التصدق وليس الحكم كذلك فيما لو كان اوجبها بدون الايجاب على نفسه فان الحكم هناك هو التصدق بقيمتها لا التصدق بعينها كما افصح عنه المصنف بقوله وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى اولم يشتر **قوله** لانها

فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فاذا فات وقت التقرب بالاراقة وجب التصدق بالعين او القيمة اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس خلاف الاداء انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال وجب التصدق بالعين لا بالقيمة الاعتبار بالجمعة والصوم كما ذكره المصنف التصدق بالقيمة للغني الغير الموجب كما لا يخفى انتهى اقول ذلك ساقط اذ لا نسلم انه لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم الا ان الاعتبار بهما من حيث ان القضاء بجنس اخر كما نبه عليه صاحب العناية بقوله والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس خلاف جنس الاداء ولا يذهب على ذي فطنة ان هذا المعنى يتحقق في التصدق بالعين ايضا لان الواجب عليه في الاداء اراقة الدم والتصدق ليس من جنس الاراقة سواء كان بالقيمة او بالعين ثم ان كون مراد المصنف التصدق في قوله فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق هو التصدق بالقيمة للغني الغير الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا يناسب شأن المصنف جدا اذ يلزم حينئذ ان يترك بيان وجه المسئلة فيما اذا كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشتراها بنية الاضحية فيكون ذلك تقصيرا منه في افادة حق المقام بالضرورة وحاشاه من ذلك فالحق ان مراده بالتصدق المذكور ما يعم التصدق بالعين وبالقيمة كما اشار اليه صاحب العناية بقوله وجب التصدق بالعين او القيمة **قوله** ولا يضحي بالعمياء الى آخره قال صاحب النهاية لما ذكر ما يجوز به الاضحية شرع في بيان ما لا يجوز به الاضحية انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا يذهب عليك انه لم يذكر فيما قبل ما يجوز به الاضحية وانما يذكره فيما بعد بقوله ويجوز ان يضحي بالجماء والخصي والثولاء الى آخره والذي ذكره فيما قبل انما هو صفة الاضحية من الوجوب او السنية وشرائطها من الحرية والاسلام ونحوهما ومن تجب عنه الاضحية وعدد من تجزي عنه الشاة والبقرة والبدنة واول وقت الاضحية وعدد ايامها وما يتعلق بكل واحد من هاتيك الامور من الفروع والاحكام كما تحققه من قبل ولعل صاحب العناية تدارك حيث قال في شرح هذا المقام هذا بيان ما لا تجوز به التضحية وبه ولم يتعرض لذكر ما تجوز به التضحية **قوله** واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر الى آخره اقول تطبيق هذه الروايات عن ابي حنيفة رحمه الله على عبارة مسئلة الكتاب مشكل لان عبارتها اكثر اذنها وذنبها بصيغة التفضيل

قال [illegible] ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا بأس بان يشتري به ما ينتفع به في البيت بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف قال والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا قال واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزأ عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له دلالة لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه فطبخه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصور كلها استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية وهي بعينها يتاتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم

والاضافة الى الاذن والذنب وهي تقتضي ان يكون الجزء الباقي منهما اقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه اما في رواية الربع ورواية الثلث فظاهر [illegible] الاشكال ان الربع باكثر من ثلثة الارباع و [illegible] الثلث باكثر من الثلثين واما في رواية الاكثر من الثلث فلان الاكثر من الثلث اذا لم يجاوز النصف لم يصر اكثر الكل وفي رواية الاكثر من الثلث عنه لم [illegible] النصف لا الوصول الى النصف بل اعتبر الزيادة على الثلث في الجملة فلم يلزم في عدم الاجزاء [illegible] هذه الرواية ايضا [illegible] الاذن والذنب فكيف يرتبط قوله واختلف الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر بما قبله من مسئلة الكتاب فان قلت ليس المراد بالاكثر في عبارة مسئلة الكتاب معنى التفصيل بل هو بمعنى الكثير كما يرشد اليه قول المصنف في بيان وجه رواية الاكثر من الثلث وفيما تقدم لا تنفيذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا [illegible] في بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير ثم ليس المراد بالكثير ايضا الكثير بالاضافة الى الجزء الباقي والا يعود المحذور بل المراد به الكثير في نفسه والاضافة الى الاذن والذنب لمجرد بيان محل الكثير وحينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسئلة الكتاب قلت شرط استعمال صيغة التفصيل مجردة عن معنى التفصيل ان تكون عارية عن اللام والاضافة ومن كما تقرر في موضعه وفي عبارة مسئلة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجريدها عن معنى التفصيل على قاعدة العربية ولئن سلمنا [illegible] لا يصح ما بين المصنف تلك المسئلة بقوله لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا [illegible] تقديره ان يجعل الاكثر عبارة عن الكثير المطلق اذ لو كان للكثير مطلقا حكم الكل بقاء وذهابا [illegible] باقي حالة واحدة فيما اذا كان كل من الباقي والذاهب منهما كثيرا في نفسه كما اذا ذهب نصفهما او ثلثهما او اكثر من ثلثهما في الجملة على ما وقع في الروايات المذكورة فيلزم ان يجتمع الحكمان [illegible] يستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا [illegible] اقول فيه [illegible] على ما تقرر في علم الاصول ان ظاهر قوله تعالى واطعموا القانع والمعتر وجوب الاطعام والمدعى استحبابه فليتأمل في جوابه قوله ولا بأس ان يشتري به ما ينتفع به في البيت بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرناه لان للبدل حكم المبدل اقول لقائل ان يقول ان هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له فان [illegible] بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه ايضا والتعليل في مقابلة النص غير مقبول على ما تقرر في اصول الفقه فليتأمل في الدفع قوله ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول اقول فيه بحث اما اولا فلان اعتبار ذلك بالبيع بالدراهم غير واضح فان الدراهم مما لا ينتفع بعينها [illegible] لا مع بقائها ولا بعد استهلاكها وانما هي وسيلة محضة فالمقصود منها التمول لا غير بخلاف مثل الخل والابازير فانه مما ينتفع به وان كان ذلك بعد استهلاكه فيجوز ان يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس جلد الاضحية غير محرم فكذا ببدله واما ثانيا فلان عدم جواز بيع جلد الاضحية بالدراهم انما ثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان فانه بعد ان بين وجه الاستحسان في جواز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقائه بانه جاز له الانتفاع بالجلد فيجاز له الانتفاع بالبدل لان للبدل حكم المبدل قال وكان القياس ان يجوز بيع الجلد بالدراهم ايضا الا انا تركنا القياس بقوله عليه السلام لعلي ولا تعط اجر الجزار منها فاذا اعطى اجر الجزار منها يصير بائع اللحم او الجلد بالدراهم

فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم

وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره انتهى واذا كان كذلك فكيف قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخل والابازير على عدم جواز بيعه بالدراهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدراهم وقد تقرر في اصول الفقه ان من شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس فالاظهر ان يترك القياس على البيع بالدراهم في تعليل هذه المسئلة ويقال في تعليلها لانه لا يصلح ان يكون بدلا عن عين الجلد قائما مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه كحكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقائه كما مر وقد اشار اليه صاحب البدائع حيث قال ولو ان بيع هذه الاشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل لان البدل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل فكان المبدل قائما معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم والدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقائه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى انتهى **قوله** فصار كما لو باع اضحية قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام يعني انه لو باع اضحيته واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها انقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله انتهى اقول خلطوا في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوه صورتين فزادوا في الصورة الاولى اشتراء غيرها بثمنها واعتبروا التصدق في تلك الصورة في بعض الثمن دون كله وزادوا في الصورة الثانية مضي ايام النحر وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك وليس في المقام ما يقتضي شيئا منها كما لا يخفى مع ان الامر في معنى هذا الكلام على طرف الثمام حمله على حذف المضاف اي كما لو باع لحم اضحية فيكون المراد به الاشارة الى ما مر في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه تدبر **قوله** ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه قال في العناية وقوله ومن اتلف لحم اضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية صاحبه ومن اتلف لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه انتهى اقول ليس هذا التوجيه بوجيه فان قول المصنف فان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه مسئلة تامة لا بد لها من دليل مغاير لها وفي التوجيه المذكور قد اخذ مقدم المسئلة وهو قوله وان تشاحا وضم اليه تال مغاير لتالي المسئلة غير مذكور في الكتاب اصلا فصار ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية صاحبه وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ولا يخفى ما فيه والحق عندي ان قول المصنف ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له فما قبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعهما دليل تام على اصل المسئلة وهو قوله وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه فمعنى الدليل ان تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي اتلفه بالاكل لصاحبه لا لنفسه ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه من تضمين صاحبه اياه قيمة لحمه وليت شعري ان صاحب التوجيه الاول ماذا يصنع في حق قول المصنف وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على اصل المسئلة ام يجعله متصلا بشيء آخر غير اصل المسئلة فانظر وتبصر بل تيسر شيء من ذلك

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه الله نصاً ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصاً قاطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها **فصل في الاكل والشرب**

قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية [illegible] ان عامة مسائل [illegible] ومن [illegible] فيه الكراهية الا يرى انه تكره التضحية في ليالي ايام النحر كرهت [illegible] الاضحية [illegible] الكتابي [illegible] الكراهية [illegible] الفروع [illegible] الكراهية [illegible] الحاوي [illegible] وتبعها [illegible] في [illegible] بالاستحسان وفي كتب كثير من المشائخ كما في الامام الشهيد والمبسوط والمحيط وان شيرة والمغني وغيرها [illegible] في مختصره [illegible] الحظر والاباحة [illegible] القدوري في مختصره [illegible] وكذا وقع في التحفة [illegible] والايضاح [illegible] ووجه [illegible] بالكراهية فلان بيان مكروه [illegible] الاستحسان فلان فيه ما استحسنه الشرع [illegible] الاستحسان [illegible] القياس فيها واما التسمية بالحظر والاباحة فلان الحظر المنع و الاباحة الاطلاق وفيه ما منع عنه الشرع [illegible] وكذا ذكره كل منهما في [illegible] شرح المختار وفي شرح الكنز للامام الزيلعي ثم ان الكراهية في اللغة [illegible] كراهة وكراهية قال في [illegible] المحبة [illegible] قال الله تعالى [illegible] ان تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى ان تحبوا شيئا وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة والكراهة ليست بضد للارادة عندنا فان الله تعالى كاره للكفر والمعاصي اي لا يرضى بهما ولا يحبهما وان كان الكفر والمعاصي بارادة الله تعالى ومشيته وعند المعتزلة هي ضد الارادة ايضا على ما عرف في اصول الكلام واما معنى الكراهية في الشريعة فما هو المذكور في الكتاب **قوله** قال رضي الله عنه تكلموا في معنى الكراهية يعني اختلف اصحاب الشرع في معنى الكراهية فروي عن محمد انه نص على ان كل مكروه حرام الا انه لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه الى الحرام عنده كنسبة الواجب الى الفرض في ان الاول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني وروي عن ابي حنيفة وابي يوسف انه الى الحرام اقرب ثم ان هذا في المكروه كراهة تحريمية واما المكروه كراهة تنزيه فالى الحل اقرب هذا خلاصة ما ذكروا في الكتب ولبعض المتاخرين ههنا كلمات طويلة الذيل لا حاصل لها تركنا التعرض لما في تعرضها من الاستدلال كراهة الاطناب **قوله** قال ابو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل قال جماعة من الشراح خص الاتن مع كراهة لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الالبان عليه اذ اللبن لا يكون الا من الاتان انتهى يعنون انه لو قال يكره لحوم الحمر والبانها لرجع الضمير في البانها الى الحمر المذكور فيما قبل وذلك يعم الذكور والاناث فلا يستقيم عطف الالبان المضاف الى الضمير الراجع الى مطلق الحمر على ما قبلها لان الالبان لا تتصور في ذكور الحمر وانما تتحقق في اناثها التي هي الاتن نعم يمكن تصحيح ذلك بتقدير و تاويل لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظرا الى ظاهر التركيب فسقطت عن كلامهم مواخذة بعض المتاخرين وقال ذلك البعض وانما خص كراهة لحم الاتن بالذكر ولم يذكر كراهة لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبائح لانه لما عنون الفصل بانه في الاكل والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يوكل لحمه ولو اعاد كلها يلزم التكرار فذكر بعضا منها تذكيرا للبواقي الاكل والشرب انتهى اقول ليس هذا مما يعتد به لان حديث عنوان الفصل بانه في الاكل والشرب لا يفيد شيئا فيما نحن فيه اصلا فان ما يتعلق بالاكل والشرب في هذا الفصل غير منحصر في هذه المسئلة بل كثير من المسائل الآتية المذكورة في هذا الفصل

وتاويل قول ابي يوسف انه لا بأس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

من مسائل الاكل والشرب ايضا فصح عنوان الفصل بالاكل والشرب وهذه المسألة وان ذكرها فيما سبق في الذبائح واما حيث ذكر من المسائل السابقة في الذبائح تذكير الا انه اتى فيه تمام الفقه لان ذكرها هناك ... في ... الكراهية وقال هي المذكورة ... من داب المصنفين ولا سيما ... فقال ... لان ... ذكرها ... مستوفي ... الاتي انما ذكرت ههنا توطئة لكراهة البان الاتن التي لم تذكر فيما تقدم قط والمدخل ... بالتوطئة لذلك فلا يرد ... الاتن بالذكر ... ذلك البحث واما حكم ابوال الابل فانما ذكره المصنف فيما سبق وذكره ... في الجامع الصغير فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه الى الاعتذار انتهى كلامه اقول ليس هذا الكلام صحيح لان المصنف ايضا ذكره ههنا في الهداية والبداية فلزم التكرار قطعا وانما لم يلزم التكرار لو ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكره المصنف ههنا واما كون ما ذكره المصنف ههنا ما ذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدي شيئا في دفع التكرار لان المصنف ليس في حيز الاجتهاد وكل ما ذكره ماخوذ من قول مجتهد فاذا ذكر مسألة مرتين لزم التكرار لا محالة **قوله** وتاويل قول ابي يوسف لا باس به للتداوي انما احتاج المصنف الى هذا التاويل لان مذهب ابي يوسف ان بول ما يؤكل لحمه نجس كما مر في كتاب الطهارات فلا يمكن ان يكون شربه حلالا والمفهوم من قوله ههنا وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل حل شربها عند ابي يوسف ايضا فاول المصنف قول ابي يوسف المذكور ههنا بنفي الباس عن شربها للتداوي وشربها للتداوي ليس بحرام عنده وان كانت نجسة كما في قصة العرنيين كما مر بيانه في كتاب الطهارات قال صاحب غاية البيان في هذا المقام واما قول ابي يوسف ومحمد في الجامع الصغير لا باس بذلك فانه ينصرف الى لحم الفرس خاصة لان بول الفرس نجس عند ابي يوسف ايضا الا انه اطلق شربه للتداوي وقد مر بيانه في كتاب الطهارات في فصل البئر انتهى اقول فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال كره شرب ابوال الابل واكل لحم الفرس وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بذلك كله الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذكور حيث ذكر لفظه بهذه العبارة ولا يذهب عليك ان عبارة كله في قوله وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بذلك كله تمنع من ان يكون قول ابي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفا الى لحم الفرس خاصة بل يقتضي شموله لابوال الابل ايضا

قوله وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها اقول في رواج هذه الحوالة بحث فان البان الاتن من هذه الجملة ولم تبين فيما تقدم قط وكذا ابوال الابل من هذه الجملة ولم تبين في شيء من كتابي الصلوة والذبائح وانما ثبت في كتاب الطهارات في فصل البئر في ضمن بيان بول ما يؤكل لحمه مطلقا وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مرت هذه الجملة في كتاب الطهارات والذبائح ويمكن ان يتمحل في توجيه كل من هاتين القضيتين اما في توجيه الصورة الاولى فيهما فبان يجعل المراد بهذه الجملة في قوله قد بينا هذه الجملة على ما عدا الالبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فاخذ حكمه واما في توجيه الصورة الثانية منهما فبان الطهارة لما كانت من شروط الصلوة ومبادئها عبر المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلوة مسامحة قال بعض المتاخرين وانما قال في الصلوة مع ان البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البئر اشارة الى انه ينبغي ان يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلوة كما وقع في فتاوى قاضيخان ان لا يجعل

وإذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذلك ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رح يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة

قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة رح والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف رح يكره ذلك وقول محمد رح يروى مع ابي حنيفة رح ويروى مع ابي يوسف رح وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع

لها كتاب على حدة انتهى اقول ليس هذا بشيء لان ماله ان يكون مراد المصنف بتعبيره المذكور الاشارة الى تقبيح نفسه فيما فعل في اول كتابه من ترجمة الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلوة وهل يليق بالعاقل ان يقصد الاشارة الى مثل ذلك على ان الشراح ذكروا واتفقوا في اول الكتاب وجها وجيها لايراد الطهارة في كتاب مستقل فكون الذي ينبغي ان يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلوة ممنوع وعن هذا ترى اكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المصنف بين فيما تقدم ان شرب ابوال الابل حرام عند ابي حنيفة رحمه الله مطلقا وحلال عند محمد رح مطلقا وللتداوي فقط عند ابي يوسف رح وذكروا التمسك هناك لكن بني دليل محمد على طهارته مع ان استلزام طهارته حل شربه غير ظاهر وان طهارته لم يلزم عنده الا من حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاءكم فيما حرم عليكم كما سبق فبناء حله على طهارته دور ظاهر الى هنا كلامه اقول حديث الدور ساقط جدا لان حله انما يكون علة الطهارة في العقل بان يصير دليلا عليها واما طهارته فانما تكون علة لحله في الخارج فاختلفت الجهة ونظيره ما قالوا في العلوم العقلية ان الحمى علة للعفونة في الذهن والعفونة علة للحمى في الخارج فالاستدلال بالحمى على العفونة برهان اني وبعكسه برهان لمي ولا دور اصلا وهكذا الحال بين كل موثر واثره فان الاول علة للثاني في الخارج وان كان الثاني علة للاول في العقل اي دليلا عليه ومن هذا القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع **قوله** واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه اي لان الادهان في آنية الذهب او الفضة ونحوه في معنى الشرب منها لان كلا من ذلك استعمال لها والمحرم هو الاستعمال باي وجه كان لما فيه من التجبر والاسراف فيشمل الادهان والتطييب ايضا وفي النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو ان يأخذ آنية الذهب او الفضة ويصب الدهن على الراس اما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صب على الراس من اليد لا يكره كذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وارى انه مخالف لما ذكره المصنف في المكحلة فان الكحل لا بد وان ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات انتهى اقول يمكن دفع المخالفة بين القولين بان المحرم في اواني الذهب والفضة وآلاتها هو استعمالها واستعمال آنية الذهب او الفضة عند ارادة الادهان منها انما يتحقق في العرف والعادة باخذ آنيتهما وصب الدهن منها على البدن لا بادخال اليد فيها واخذ الدهن ثم صبه على البدن واما استعمال مكحلة الذهب او الفضة فانما يتصور عادة بادخال الميل فيها ثم الاكتحال به فانفصال الكحل عنها حين الاكتحال لا يقدح في تحقق استعمالها فافترقا واعترض صاحب التسهيل على ما قيل في صورة الادهان المحرم بوجه آخر وهو انه يقتضي ان لا يكره اذا اخذ الطعام من آنية الذهب او الفضة بملعقة ثم اكل منها وكذا اذا اخذه بيده واكله منها واجاب عنه صاحب الدرر والغرر بما يقرب مما ذكرناه في دفع ما قاله صاحب العناية في المكحلة حيث قال بعد ذكر ذلك الاعتراض اقول منشاؤه الغفلة عن معنى عبارة المشائخ وعدم الوقوف على مرادهم اما الاول فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتدائية واما الثاني فلان مرادهم ان الادوات المصنوعة من المحرمات انما يحرم استعمالها اذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فان الاواني الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لاجل اكل الطعام انما يحرم استعمالها اذا اكلت الطعام منها باليد او الملعقة لانها صنعت لاجل ابتداء الاكل منها باليد او الملعقة في العرف واما اذا اخذ منها ووضع على موضع مباح فاكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها

لما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رح ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه

وكذا الاواني الصغيرة المصنوعة لاجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها اذا اخذت وصب منها الدهن على الراس لانها انما صنعت لاجل الادهان منها بذلك الوجه واما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ومسه على الراس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فقط ان مرادهم ان يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم الى هنا كلامه اقول فيه نوع استدراك بل اختلال فان قوله منشاؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه اياه بقوله اما الاول فلان معنى قولهم من اناء ذهب ابتدائية امر زائد بل مختل اما اولا فلان المذكور في عبارة عامة المشايخ في آنية الذهب والفضة بكلمة في بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعتبرات وانما وقعت كلمة من في كلام بعض المتاخرين من اصحاب المتون واما ثانيا فلانه لا تاثير للابتداء في تمشية الجواب الذي ذكره بعد ههنا اذ يكفي فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان الاستعمال في الابتداء او في الانتهاء يظهر ذلك بالتامل الصادق والذوق السليم ثم ان بعض المتاخرين بعد ان ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض عباراته قال والحق ان الفرق بين صور الادهان ليس بما ذكره المجيب بل لوجود مماسة اليد بالاناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة فان للمماسة تاثيرا في الحرمة كما سيجيء من وجوب الاتقاء عن موضع الفضة في الاناء المفضض او المضبب وقت الشرب فتامل انتهى اقول يرد على هذا الفرق الذي زعمه حقا النقض الذي اورده صاحب التسهيل فانه اذا اخذ الطعام من آنية الذهب او الفضة بملعقة ثم اكل منها او اخذ بيده واكل منها لم يوجد هناك مماسة اليد بالآنية مع انه يكره بلا شك فالمخلص الكلي ههنا انما يحصل بالمصير الى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغيره ولكن واما الاناء المفضض او المضبب فبمعزل عما نحن فيه فانه ليس بخالص فضة او ذهب بل هو مركب من لوح وفضة او ذهب فاعتبر ابو حنيفة في حرمة الشرب منه مماسة العضو بالجزء الذي هو الفضة او الذهب ولم يعتبر صاحباه ولكل من الجانبين اصل ياتي بيانه قوله لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره جمعهما في التعليل جريا على رواية كون قول محمد في هذه المسئلة مع ابي يوسف وان كان افرد ابا يوسف في بيان الحكم فيما قبل واما صاحب الكافي فافرده ههنا ايضا حيث قال احتج ابو يوسف بعموم ما ورد من النهي ورد عليه بعض المتاخرين حيث قال بعد نقل ما في الكافي قلت ورد النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المفضض والمضبب ممنوع وقال في الحاشية ولما في الكافي من احتجاج ابي يوسف اقول ليس ذاك بتام لان ما ورد من النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة ان لم يعم المفضض والمضبب عبارة يعمهما دلالة كعمومه للادهان فيه ونحوه وكعمومه للاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب وكذا ما اشبه ذلك به كالمكحلة والمرآة وغيرهما فان المدار في كلها تناول النهي الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرحوا به على هذا قال في المحيط البرهاني حجتهما العمومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة ومن استعمل اناء كان مستعملا لكل جزء منه فكره وهذا لان الحرمة في استعمال الذهب والفضة في الاناء ونحوه انما كانت لما فيه من التشبه بالاكاسرة والجبابرة فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك نصا اما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تامل وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز لابي يوسف ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام قال من شرب في اناء ذهب او فضة او اناء فيه شيء من ذلك فانه يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني انتهى ورد عليه ايضا ذلك البعض حيث قال بعد

معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة **قال** ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان يأخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا **قال** ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا كان او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا كان او انثى دفعا للحرج اما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة فيقبل

نقل ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على ابي حنيفة رح لكن لم نجده في روايات البخاري وغيره الا خالية عن زيادة اوانا وفيه شيء من ذلك وقال في الحاشية رد لما ذكره الزيلعي من احتجاج ابي يوسف انتهى اقول عدم وجدانه تلك الزيادة فيما رآه من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية اخرى لم يرها وقد بين الامام الزيلعي طريق اخراج ما ذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني فكيف يصح ان يجعل ذلك البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك رداله وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كما لا يخفى **قوله** معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم اقول كان الاظهر ان يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحل او الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يؤكل دون ذبيحة غيرهما فانه من مسائل كتاب الذبائح وقد مر هناك مستوفى وعبارة المصنف توهم اصالة الثاني كما ترى ثم انه لو قال في المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك لكان اظهر من الكل وكان اوفق لما قبله وهو قوله وقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم الا انه لم يغير لفظ محمد رح في الجامع الصغير تبركا به **قوله** لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه اكله فانه يتضمن الحل لا محالة اولى ان يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل وانما انتهى اقول في تفسير قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه اكله ركاكة جدا لان قوله وسعه اكله جواب المسألة فهو في قوة ان يقال يقبل قوله فيما اخبر به لانه ثمرة قبول قوله في ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا بقوله في الحل في قوله وسعه اكله يصير معنى كلامه لما قبل قوله في قبول قوله فيما اخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام والحق عندي في شرح كلام المصنف ههنا ان يقال يعني انه لما قبل قوله في الحل اي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم فانه يتضمن اثبات حل اكل ما اشتراه كما صرحوا به قاطبة اولى ان يقبل قوله في الحرمة اي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابي والمسلم فانه يتضمن اثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به ايضا تبصر **قوله** لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال جمهور الشراح قوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء انتهى اقول لقائل ان يمنع ان انفس الجواري والعبيد تبعث عادة على ايدي هؤلاء بخلاف اهداء غير انفسهم من الهدايا فانها تبعث عادة على ايديهم بلا مجال النكير من احد وقال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وتبعه العيني اقول ولمانع ان يمنع ان عدم قبول قولهم في اهدائهم انفسهم يؤدي الى الحرج لامكان اهدائهم على ايدي غيرهم من سائر العبيد والجواري او الصبيان وعدم القدرة على غيرهم اصلا نادر لا يعد مثله مؤديا الى الحرج بخلاف اهداء الهدايا مطلقا على ايدي غير جنس العبيد والجواري والصبيان فان فيه حرجا بينا سيما في اهداء الامور الخسيسة **قوله** ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل قال في التلويح قيل ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل يقبل في مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحري وفي موضع آخر انه يشترط التحري وهو المذكور في كلام الامام السرخسي ومحمد وذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير فقيل يجوز ان يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسيرا لما ذكره فيشترط ويجوز ان يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز ان يكون

ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيه جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما اكبر الراي قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرنا ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به

في المسئلة روايتان انتهى اقول يشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات لان قول الفاسق يقبل في الديانات ايضا بشرط التحري كما سياتي التصريح به في الكتاب وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على احدى الروايتين وهي رواية الاثنية اط فالظاهر المناسب عندي هو التوجيه الثاني فان الفرق المذكور يستقيم حينئذ اذ لا رخصة لقبول قول الفاسق في الديانات بدون التحري **قوله ولا يقبل فيها قول المستور** في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يقبل قوله جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به قال الشراح وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار احد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة انتهى اقول فيه بحث لان اصل ابي حنيفة في الشهادة ان يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة اذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقرر في كتاب الشهادات وكان احد شطري الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقتها ولا ريب ان المستور ظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ففي غير ظاهر الرواية ايضا لم يلزم عدم اعتبار احد شطري الشهادة فلم يدل ما ذكروه على اصحية ظاهر الرواية ويمكن ان يقال ليس مقصودهم بيان اصحية ظاهر الرواية على اصل ابي حنيفة في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لم تعتبر شهادته في القضاء عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ما لم يظهر عدالته وعن هذا قال المصنف في كتاب الشهادات والفتوى على قولهما في هذا الزمان ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقلا عن شمس الائمة السرخسي حيث قال قال شمس الائمة السرخسي في اصوله وروى الحسن عن ابي حنيفة انه بمنزلة العدل في رواية الاخبار لثبوت العدالة له ظاهرا بالحديث المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض ولهذا جوز ابو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما يثبت مع الشبهات اذا لم يطعن الخصم ولكن ما ذكره في الاستحسان اصح في زماننا فان الفسق غالب في اهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لا يعتبر شهادته في القضاء قبل ان تظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا تبين اختلال تحرير بعض المتاخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية اي لا يقبل قوله في الديانات في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح ثم قال ووجه الظاهر انه لا بد من اعتبار شرطي الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة انتهى فانه جعل ما ذكروه وجها لاصحية ظاهر الرواية وجعله نفس ظاهر الرواية عن ابي حنيفة فيرد عليه قطعا ان حقيقة العدالة ليست باحد شرطي الشهادة عند ابي حنيفة بل يكفي ظاهر العدالة عنده في قبول الشهادة ولا يخفى ان ظاهر العدالة متحقق في المستور فما معنى اعتبار العدالة في قبول قوله في الديانات في ظاهر الرواية عنه فتدبر **قوله ويقبل فيها قول الحر والعبد والامة اذا كانوا عدولا** اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ذكر الحر ههنا خال عن الفائدة اذ لا شبهة على احد قبول قول الحر في كل امر خطير اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة ولعل صاحب الكافي ذاق بشاعة ذكر الحر ههنا فقال ويقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله ويقبل فيها اي في الديانات قول الحر والعبد والامة لان خبرهم لا في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار انتهى اقول قد زاد هذا الشارح في الطنبور نغمة حيث اتى بمحذور آخر في كلام نفسه فانه قال لان خبر هؤلاء في امور الدين كخبر الحر ولا شك ان كلمة هؤلاء من جموع اسماء الاشارة فيكون ههنا اشارة

وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمه لعبا او غناء فلا بأس بان يقعد ويأكل قال ابو حنيفة رح ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة

الى الاشياء الثلثة المذكورة وهي العبد والحر والامة فيعيه من كلام الشارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا فيدخل المشبه به في المشبه ولا يخفى فساده وقال صاحب النهاية وتقبل فيهما اي في الديانات قول العبد والحر والامة لان في امور الدين خبر العبد كخبر الحر كما في رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع اقول في كلامهما ايضا نوع محذور لانهما جعلا الحر مقيسا عليه او مشبها به وهو داخل ايضا في المدعى ههنا وكان مما يلزم اثباته ايضا ههنا فكيف يتم ان يجعل مقيسا عليه او مشبها به لاحد قرينيه قبل ان يتبين حال نفسه فالتعليل التام الشامل للكل ما ذكره المصنف بقوله لان عدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه **قوله** وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط اقول هذا مشكل عندي لانه اذا كان اكبر رايه انه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده فاذا اراق هذا الماء على اعضاء الوضوء كان الراجح ان تتنجس تلك الاعضاء واذا تنجست اعضاؤه لم تجز صلوته ما لم تطهر والمفروض انتفاء اخر مطهر والا لم يجز التيمم فكان ينبغي ان يكون الاحتياط اذ ذاك في ترك الاراقة لتاديها الى محذور شديد بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان اكبر رايه انه كاذب كما سياتي من بعد فان التيمم هناك بشيء طاهر فلا يلزم محذور اصلا فليتامل **قوله** ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اقول لقائل ان يقول لا نسلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون ان يصل حد التواتر كيف وقد صرحوا في علم الاصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحابيا لا يوجب اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحا والا لزم القطع بالقطعيين عند اخبار العدلين بهما ولهذا قالوا انه لا يفيد الا غلبة الظن دون اليقين ويوافقه قول المصنف لما مر لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه والجواب ان مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتد به شرعا دون مطلق الاحتمال وعن هذا قال صاحب الكافي ومع العدالة سقط احتمال الكذب شرعا لانها عبارة عن الانزجار عن المعاصي والكذب فيها فكان منزجرا عنه انتهى فان قلت اذا بقي احتمال بالكذب في العدالة فما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالاراقة قلت مراده انه لا معنى للاحتياط بالاراقة في صورة العدالة احتياطا فما مثل الاحتياط بها في صورة التحري في خبر الفاسق والمستور فان قلت اذا كان مفاد خبر العدل هو الظن دون اليقين فما معنى قول المصنف في مقابلة ذلك واما التحري فمجرد ظن قلت معناه انه مجرد تخمين وظن لا غالب ظن بخلاف عدالة المخبر فان الحاصل هناك غالب الظن وهي اقوى من الاول فافترقا **قوله** وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة وان حضرتها نياحة قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة اجيب بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم كذا في العناية وعامة الشروح اقول الجواب منظور فيه لانهم ان ارادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب انها مثل الواجب في الاحكام كما يفصح عنه قول صاحبي العناية والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما يثبت في الواجب فهو مشكل على قواعد علم الاصول اذ قد تقرر فيه ان كون السنة قسيما للواجب ومغايرة له في الاحكام حيث صرحوا فيه بان الواجب ما كان فعله اولى من تركه مع منع تركه والسنة ما كان فعله اولى من تركه بلا منع تركه وان تارك الواجب

قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكى عن ابي حنيفة رح في الكتاب كان قبل ان يصير مقتدى ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين

يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الاحكام وان ارادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب مجرد بيان تاكد سنيتها فهو لا يجدي نفعا في دفع السوال اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت موكدة تاكدا تاما لظهور التفاوت بينهما في الحقيقة والاحكام فلا يتم القياس على ان صلوة الجنازة فرض لا واجب محض فعلى تقدير ان يكون اجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السوال ايضا اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهذا يكفر جاحد الاول دون الثاني فلا وجه للقياس واجاب صاحب العناية عن السوال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز ان يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة انتهى اقول ليس هذا بشيء لان تشبيه اجابة الدعوة بصلوة الجنازة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد شيئا فقهيا فيلزم ان يكون قول المصنف كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة كلاما زائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشاه ثم اقول يمكن ان يجاب عن ذلك السوال بوجه آخر وهو ان اجابة الدعوة وان كانت سنة عندنا ابتداء الا انها تنقلب الى الواجب بقاء اي بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه اجابتها كما اشار اليه المصنف فيما بعد ونظيره الصلوة النافلة فانها تنقلب الى الواجب بل الى الفرض بالتزام اقامتها بالشروع فيها كما تقرر في محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك اجابة الدعوة كما سيجيء فيكون قوله كصلوة الجنازة واجبة وان حضرتها نياحة قياس الواجب على الواجب في المآل فيندفع الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لان اجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلوة الجنازة تحضرها النياحة لانه ان اراد مطلق الدعوة فلا نسلم ان اجابتها سنة وان اراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب بل لان حق الدعوة يلزمه بعد الحضور لا قبله الى ههنا كلامه وقصد بعض المتاخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة المسنونة في قوله لان اجابة الدعوة سنة يعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم التقريب لان فرض المسئلة في حق دعوة اقترنت بلهو وفيها ليس الاجابة ابتداء كما سيجيء فاذا عرف المدعو ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة اصلا واما اذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل قوله فوجد ثمه يجب عليه الجلوس والصبر والاكل وهذا اجابة انتهاء وبهذا ينطبق الدليل على المدعى فلا يرد عليه ما قيل ان اراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة ان اجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجيء ان الدعوة اذا قارنت شيئا من اللهو لم يلزمه حق الدعوة وان اراد ان اجابة الدعوة على وجه السنية كذلك فلا يتم التقريب ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم فقال الى هنا كلام ذلك البعض اقول لا يذهب على ذي فطنة ان هذا الكلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء اما خلوه عن التحصيل ابتداء فلانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط اذ لا يتصور تحقق اجابة الدعوة انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة من المدعو ابتداء انما يتصور بعدم مجيئه الى محل الدعوة اصلا لاجل اجابة تلك الدعوة فاذن كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة انتهاء واجابتها انتهاء فرع مجيئها الى محل الدعوة اولا وليس فليس وانما الذي يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة ابتداء فقط كما اذا دعي الى وليمة او غيرها فاجاب وذهب الى محل الدعوة فوجد ثمه لعبا او غناء فلم يقعد ولم ياكل فانه يوجد هناك الاجابة

وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة

ابتداء الا انتهاء كما لا يخفى وصورتها الشرعية فيما اذا كان المدعو مقتدى ولم يقدر على منعهم كما سيجيئ في الكتاب والعجب ان ذلك القائل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجازة انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة ابتداء فقط وكتب بحق قوله والاجابة الوقوع وبالعكس ولم يدر ان تحقق انتهاء الشئ في الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى واما خلو كلامه عن تحصيل انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم انه اختار كون المراد ان اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة كان من متفرعات منع ذلك ولكن ما ذكره في وجه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل الحضور ان الدعوة قارنت شيئا من البدعة لم يلزمه الاجابة اصلا كما سيجيئ في الكتاب وذكره ذلك القائل ايضا في اثناء كلامه ويكفي لسند منع ان اجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للمدعو انتهاء اذا هجم عليه انما يكون بان علم ذلك قبل الحضور وهو صورة اخرى غير الصورة الاولى التي هي السند للمنع المذكور ولا شك انه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء فكيف يكون ما ذكره وجها للاندفاع والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثاني من ترديده وهو كون المراد ان اجابة الدعوة على وجه السنة سنة وبيان تمام تقريب الدليل بان الدعوة على ثلثة اوجه الاول ان دعي الى وليمة ولم يعلم ان فيها شئ من البدع اصلا والثاني ان دعي الى ذلك ولم يذكر حين الدعوة ان ثمه شيئا من البدع ولم يعلمه المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعي الى ذلك وذكر ان ثمه شيئا من البدع فعلمه المدعو قبل الحضور ففي الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا يكون الاجابة لازمة للمدعو اصلا والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الاوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم التقريب تامل تقف **قوله** وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر اقول لقائل ان يقول الحديث المذكور يعم ما بعد الحضور وما قبله اذ قد تقرر في علم الاصول ان المعرف باللام اذا لم يكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق والدعوة في قوله عليه الصلوة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم معرفة باللام ولم يظهر هناك معهود خارجي فهي للاستغراق فيعم كل دعوة والجواب انه ان كان عاما من حيث اللفظ فهو مخصص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا ضرورة توفيقا بين النصوص مهما امكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد الحضور لانه قد لزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف فافهم **قوله** ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب لان محمدا رحمه الله تعالى اطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمه اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام كذا في العناية وهذا القدر من التعليل كاف في بيان دلالة المسئلة على ان الملاهي كلها حرام وهو الصحيح المختار عندي وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاما آخر حيث قالوا فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال النبي صلى الله عليه وسلم لهو المؤمن باطل الا في ثلث تاديبه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلث وكان باطلا انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان زيادة قولهم بالنص في قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على ان الدليل

بخلاف ما اذا اجتمعوا عليه لانه قد لزمهم وتكلمت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب

على حرمة اللهو هو النص والكلام في دلالة المسئلة على ذلك فلا يتم التقريب بخلاف ما اذا لم يوت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب هو اللهو حرام اذ ذاك متفرعا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغنا بقوله فوجد ثمه اللعب والغنا فيصير حاصل التعليل ان محمدا رح لما اطلق اسم اللعب والغنا في ما يتيك المسئلة ولم يقيده بنوع علم ان اللعب الذي هو اللهو حرام مطلقا وهو جيد مفيد للمدعى واما ثانيا فلان قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلث فكان باطلا ينافي قولهم في اول التعليل لان محمدا اطلق اسم اللعب والغنا اذ على تقدير ان لا يكون ما ذكره محمد في ما يتيك المسئلة من هذه الثلث يلزم ان لا يكون اسم اللعب فيها مطلقا بل ان يكون مقيدا بغير هذه الثلث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقه بالنسبة الى ما عدا هذه الثلث لا بالنسبة الى كل لعب فلا تنافي فانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم انما اخذوا اطلاقه اسم اللعب من قوله فوجد ثمه اللعب والغنا ولا يخفى ان قوله المذكور انما يقتضي الاطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى بعض منه وهو ما عدا الثلث المذكورة ثم اقول بقي شيء في حل كلام المصنف وهو انه لو اعتبرت دلالة المسئلة المذكورة على ان الملاهي كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلث المستثناة في الحديث ايضا ولم يقل بها احد اللهم الا ان يقال تلك الثلث مستثناة في كلام محمد تقديرا بناء على كونها مستثناة في الحديث صحيحا وبدلالة شهرة الحديث ثابتة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال لا يقال الحيوة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو والحيوة الدنيا ليست بحرام فان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلث تاديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله انتهى كلامه اقول اراد بالقياس في قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام القياس المنطقي الذي ذكره في السوال على الشكل الثالث من الاشكال الاربعة لقسمة الاقتراني وبما حاصل منه نتيجة واشار بقوله بعض اللهو واللعب الى جزئية تلك النتيجة بناء على ان الشكل الثالث لا ينتج الا جزئية كما تقرر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء ههنا لكن القياس الاول يقتضي الكلية كما لا يخفى وكانه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث او عن كون نتيجة الشكل الثالث جزئية لا غير وقال بعض المتاخرين ههنا ان شرط انتاج الشكل الثالث كلية احدى مقدمتيه وهي ههنا منتفية انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح اذ الظاهر ان كلتى مقدمتي القياس المذكور كليتان صغراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وان حمل السلب في الثانية على رفع الايجاب الكلي دون السلب الكلي فكلية الاولى مقررة واداة سور الكلية هي اللام الاستغراقية الداخلة على الحيوة الدنيا وليست اداة سورها منحصرة في لفظة كل بل كل ما يدل على الكلية من الالفاظ فهو اداة سورها كما صرحوا به ثم اقول في الجواب الذي ذكره صاحب العناية نظر فان قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام جيد واما قوله وهو ما استثناه النبي عليه السلام فلا لان القياس المذكور انما ينتج ان بعض اللهو واللعب وهو الحيوة الدنيا ليس بحرام فان الذي كان حدا اوسط في ذلك القياس هو الحيوة الدنيا فهي المراد بالبعض في النتيجة ونظير هذا ما اذا قلنا كل انسان حيوان ولا شيء من الانسان بفرس فانه ينتج ان بعض الحيوان الذي هو الانسان ليس بفرس الا ان بعضا اي بعض كان ليس بفرس والا لم يكن للحد الاوسط تاثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعا وهذا كله غير خاف على من له دراية بعلم الميزان فاذا كانت النتيجة في القياس المذكور ان

وكذا قول ابي حنيفة رح ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

بعض اللهو واللعب الذي هو الحيوة الدنيا ليس بحرام فلا معنى لتخصيصه بالصور الثلث المستثناة في الحديث الا ان ما لا يحرم من امور الدنيا كثير لا يحصى فما الوجه للتخصيص على ان ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السؤال لامكان ان يورد السؤال بصورة القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملاهي كلها حراما لكانت الحيوة الدنيا ايضا حراما لانها لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو ولكن الحيوة الدنيا ليست بحرام ينتج ان الملاهي كلها ليست بحرام ولا شك ان الجواب المذكور لا يتمشى حينئذ فالصواب في الجواب ان يقال ليس المراد بقوله تعالى اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو انها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله اعلم انها لعب ولهو على طريق التشبيه البليغ يعني انها كاللعب واللهو في سرعة فنائهما وانقضائهما صرح به في التفاسير فلا يلزم من عدم حرمة الحيوة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو ايضا كما لا يخفى **قوله** وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون يعني ودل ايضا قول ابي حنيفة ابتليت على ان الملاهي كلها حرام لان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم وقد اشار الى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالمحرم يكون اقول لقائل ان يقول دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجده ثمة مسلمة بناء على ان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم واما دلالته على حرمة كل الملاهي كما هو المدعى فممنوعة كيف وقد قال ابتليت بهذا مرة انتهى ولا شك ان ما ابتلي به مرة لا يكون شيئا معينا منها و اعترض عليه صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن ان يقال ان الصبر على الحرام لاقامة السنة لا يجوز والصبر الذي قال ابو حنيفة جاز ان يكون جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به انتهى اقول ذاك ساقط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء الا انها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لالتزامه الاجابة بالحضور كما هو الشان في سائر النوافل من الصلوة والصوم ونحوهما فان كلا منها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال ابو حنيفة لاقامة الواجب فيجوز كما في صلوة الجنازة اذا حضرتها النياحة وقد مر منا مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر ثم ان جواز كون ابي حنيفة جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به لا يدفع حرمة ذلك اللهو ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشروح ان الصدر الشهيد روى في كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر ومدلول هذا الحديث ان مجرد الجلوس على اللهو فسق فاني يتصور اختيار ذلك من مثل الامام الاعظم لو لم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شرذلك فتامل وقد اورد صاحب الاصلاح والايضاح ما اورده صدر الشريعة مع زيادة لبعض من المقدمات سيما في اول ايراده حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهي لان الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر لان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه السلام من ابتلي بالقضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة تترك حذرا عن ارتكاب المحظور فالظاهر ان جلس معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مستمع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام انتهى وقد نقله بعض المتاخرين بتقصير وتحريف وعزاه في الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصد رده فاتى بكلام مفصل مشوش قائل للدخل والخرج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشيا عن الاطناب الممل ومن شاء فليراجع كتابه

فصل في اللبس قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج باحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلث او اربع اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير

فصل في اللبس قال صاحب العناية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطي لان الاحتياج الى اللبس اشد منه الى الوطي انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الغاية في هذا المعنى ولكن بعبارة اقصر اقول صدور هذا التوجيه منهما في غاية الاستبعاد فان مقتضاه الغفلة عما تقدم من الفصل الاول المعقود لبيان الاكل والشرب فان ما ذكر فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى فالصواب في وجه الترتيب ان يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب اشد وعقبه على فصل اللبس فقدمه على فصل الوطي لان احتياج الانسان الى اللبس اكثر من احتياجه الى الوطي لتحقق الاول في جميع الاوقات دون الثاني وقد اشير الى هذا التوجيه في معراج الدراية قوله

وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة الى آخره لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزمه ان يقول انما حل للنساء بحديث آخر فان قيل المحرم والمبيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متاخرا كيلا يلزم النسخ مرتين وهنا لو تاخر قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الاناث فيجعل قوله عليه السلام حل لاناثهم متقدما قلنا انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة يحتمل ان يكون بيانا لقوله حرامان على ذكور امتي لانه وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تعليلا للنسخ ولان قوله هذان حرامان الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرمة للذكور والاناث وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص راجح على الظاهر او نقول الدليل دل على ان مقتضى الحل للاناث متاخر وهو استعمال الاناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهذا آية قاطعة على تاخره كذا ذكر السوال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية في تقرير السوال والجواب هنا فان قيل الحديث الدال على حله اما ان يكون قبل الاول فينسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا او لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متاخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك آية قاطعة على تاخره فينتسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه اقول تقرير السوال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد لان الترديد المثلث المذكور فيه قبيح جدا بل مختل المعنى فانه ان اراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان انهما حينئذ يتعارضان فيتساقطان ليس بصحيح اذ المؤخر تكون ناسخا للمتقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوة وانما التساقط فيما اذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب المخلص كما تقرر كله في علم الاصول وان اراد بذلك انهما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخا للمتقدم فهو يدفع السوال عن المقام فلا وجه لدرجه في جانب السوال اقول في الجواب الذي ذكره ايضا شيء وهو انه ذكر في الشروح وسائر المعتبرات انه قال بعض الفقهاء لبس الحرير حرام على النساء ايضا لعموم النهي ولما حدث الطحاوي عن ابي بكرة عن ابي داود عن شعبة قال اخبرني ابو ذبيان قال سمعت ابن الزبير يخطب يقول يا ايها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير فاني سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة فقد ظهر ان بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه انكر واستعمال النساء الحرير فكيف يتم ان يقال في الجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير فتامل ثم قال صاحب العناية فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جزئين فمن اين العموم اجيب بان العموم المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى اقول في الجواب بحث وهو انه قد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص مترجح على اشارته واشارته ترجح على دلالته فعلى تقدير ان يكون غير الشخص المشار اليه

قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول أبي يوسف وإنما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب لهما العمومات ولأنه من زي الأكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه إياكم وزي الأعاجم وله ما روي أنه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي رحمه الله أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولأن فيه ضرورة فإن الخالص منه أدفع لمعرة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند أبي حنيفة لأنه لا فصل فيما روينا والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح إلا لضرورة

في قوله عليه السلام هذا ان حرام ان الحديث ملتقا به بالدلالة يلزم ان يرجح الحديث الدال عبارة او اشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكر والانثى كقوله عليه السلام انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة على هذا الحديث في حق ما افاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار اليه في هذا الحديث للنساء فلزم ان لا ينتهض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار اليه للنساء فمن اين ثبت العموم **قوله** ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره قال الشراح يعني للرجل والمراة جميعا بخلاف اللبس وما خذهم الخلاصة فان قال فيها والرجل والمراة في هذا سواء بخلاف اللبس وعن هذا قال في النهاية كذا في الخلاصة وقال في معراج الدراية ذكره في الخلاصة اقول تعميم قول الامامين هنا للمراة ايضا مشكل فان قول النبي صلى الله عليه وسلم حلال لاناثهم ليس بمقيد باللبس بل الظاهر انه يعم التوسد والنوم عليه ايضا وهما مع كونهما مستدلين على مدعاهما هنا بالعمومات كيف يتركان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذي رواه جماعة من كبار الصحابة رضي الله عنهم **قوله** لهما العمومات قال صاحب النهاية وهي ما ذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه اذا استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم اعرضت عنا قال لاني رايت عليكم ثياب اهل النار انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات بهذه المذكورات اقول حمل العمومات على هذه المذكورات لا يكاد يتم لان مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام هنا في توسده والنوم عليه والظاهر انهما ليسا بلبس اذ لا يقال لمن توسد شيئا او نام عليه انه لبسه لا في اللغة ولا في العرف فاني يوجد العموم اللهم الا ان يقال التوسد والافتراش وان لم يكونا لبسا في الحقيقة الا انهما في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصارا ملحقين باللبس عندهما وكان مرادهما بالعموم هو العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جدا كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في بيان العمومات وهي هذا ان حرام ان الحديث وقوله عليه السلام لان اتكي على جمرة الغضا احب الي من ان اتكي على مرفقة حرير وعن علي رضي الله عنه انه اتي بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية في هذا البيان اقول هذا اشبه من الاول ولكن فيه ايضا شيء فان العموم في الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشيء من اللبس والتوسد وغيرهما واما في الاخيرين فلا لان الثاني مخصوص بالاتكاء والثالث مخصوص بما فعل في الشرح من القعود والافتراش فلم يظهر في شيء منهما العموم الا ان ينظر في الثالث الى مجرد قوله هذا لهم في الدنيا والآخرة مع قطع النظر عما قبله فحينئذ يتحقق العموم كما ترى **قوله** والمحظور لا يستباح الا لضرورة قال بعض المتاخرين قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة يوهم ان ما لحمته حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب ايضا فحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى ولو حملنا المعنى على ان المحظور لا يستباح الا لضرورة فاذا امكن اندفاعها بالادنى صنه لا يصار الى استباحة الاعلى كان الكلام من قبيل الايجاز المخل اقول ليس هذا بشيء فان جميع مقدماته مجروح اما قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة يوهم ان ما لحمته حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب ايضا فلان ذلك الايهام اذا يتصور ان لو تحققت الضرورة في غير الحرب ايضا وليس فليس واما قوله فحق التعبير والضرورة اندفعت

وما يروى محمول على المخلوط قال ولا باس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز باسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا باس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا

بالاباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى فلان حق التعبير كيف يكون ذلك ويرد عليه ان يقال يجوز ان يكون استباحة الاعلى للتوسعة بها لا للحاجة اليها فلا بد في دفع ذلك من المصير الى قول المصنف والمحظور لا يستباح الا لضرورة واما قوله ولو حملنا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الايجاز المخل فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الايجاز المخل ان لو كان قوله فاذا امكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى متقدرا في كلام المصنف واما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجد الايجاز المخل في الكلام الذي ذكره المص كما لا يخفى وكان ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة اعني قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط ولا شك ان قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع في الجواب عن دليلهما العقلي وهو قولهما ولان فيه ضرورة الى آخره وقد اعترف به ذلك البعض في شرح المقام ثم لا يذهب على الفطن ان الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة فقوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة من تمام الجواب والمعنى ان المحظور الشرعي لا يستباح الا لضرورة والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف متقدمة في المعنى الا انه اخرها في الذكر لكون مساس المقدمة الاولى بدليلهما العقلي اكثر وتاثيرها في الجواب عن ذلك الدليل اظهر فلا غبار في كلام المصنف ههنا اصلا تامل ترشد **قوله** وما رواه محمول على المخلوط اقول فيه نظر لان ما رواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والحمل على المخلوط ان صح في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في اللغة والعرف ما كان كله حريرا قال في المغرب الديباج الذي سداه ولحمته ابريسم وقال الشراح جملة وجوه هذه المسئلة ثلثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق واما في الحرب فعند ابي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره ولا باس بلبسه في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فقد صرحوا في كلامهم هذا بان الديباج ما كان كله حريرا فلا مجال للحمل على المخلوط في حقه **قوله** ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى قال جمهور الشراح في تعليل هذا لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما واللحمة آخرهما انتهى وقال بعض المتاخرين وتحقيقا لي ولان الثوب لا يكون ثوبا الا بهما والشيء اذا تعلق وجوده بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا اقول لا يخفى ان المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة القائلة اذا تعلق وجود شيء بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا فيكون كل ما ذكر دليلا مستقلا منقطعا عن الآخر يرشد اليه قول الزيلعي لان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة او نقول الثوب لا يكون ثوبا الا بهما فيكون العلة ذات جهتين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة انتهى لكن لا يخفى عليك ان القول بان النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا فالتعويل على الدليل الثاني ولهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا الى آخر الاخرين وهو اللحمة وجعلت حكما في الاباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من الدليلين مع كونه ظاهرا خفي على بعض الشراح حيث علل الاول بالثاني الى هنا لفظ ذلك البعض اقول لم يصب ذلك في رايه ههنا بل خرج عن سنن السداد اذ لا يخفى على ذي مسكة ان الدليل الذي ذكره المصنف لا يفيد المدعى بدون المعين

قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على رجل خاتم صفر فقال مالي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه

الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعلق بشيئين يضاف الى آخرهما لان النسج انما يحصل باللحمة والسدى معا لا باللحمة وحدها اذ النسج انما هو تركيب اللحمة بالسدى كما صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار باللحمة دون السدى الا بملاحظة تلك المقدمة فاذا لم يفد ما ذكره المص المدعى بدون المصير الى تلك المقدمة لم يبق احتمال ان يكون هذا دليلا مستقلا وتلك المقدمة دليلا آخر فلا جرم ذهب جمهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بضمهم اياها اليه بطريق التعليل بقوله فكانت هي المعتبرة دون السدى واصابوا فيها فعلوا حيث حملوا الدليل الذي ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه اياه فان عدم اعتباره في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ليس اعتبار العدمه وعدم التفات فيه الى التصريح بتلك المقدمة يجوز ان يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه او اعتمادا على تقرره في كلمات المشائخ وليس في كلامه ما يمنعه فانه قال في اللحمة بدون التقصير عليها وكانه قال وتمام النسج او آخر النسج باللحمة والعجب من ذلك البعض انه مع اعترافه ببطلان ما ذكر في كلام المصنف بدون اعتبار اضافة الحكم الى آخر الجزئين حيث قال لا يخفى عليك ان القول بان النسج يكون باللحمة وهو انما هو باللحمة والسدى معا جعل ما ذكره المصنف دليلا مستقلا بدون المصير الى تلك المقدمة فاختار بطلان ما ذكره المصنف وغيره وما غير العبارة الزيلعي ولم ينظر ولم يلتفت الى ما وقع في كلام فحول المشائخ من جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب البدائع فانه قال في تقرير الدليل المذكور ان الثوب يصير ثوبا باللحمة لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى فكانت اللحمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه انتهى ومنهم صاحب المحيط فانه ايضا قال في تقرير ذلك لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج انما يتاتى باللحمة آخرهما فيضاف صيرورته ثوبا على اللحمة فاذا كانت اللحمة من الحرير كان الكل حريرا حكما انتهى ومنهم صاحب الكافي فانه ايضا جمع كما نقله ذلك البعض ثم انه يجوز ان يكون مراد الزيلعي بقوله اونقول الى آخره تقرير ذلك الدليل بعبارة اخرى من غير تعرض لقيد النسج لا ذكر دليل آخر مستقل مغاير للاول في المعنى والمال ترشد اليه انه قال ابعد ذلك ولان اللحمة هي التي تظهر في المنظر فيكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى انتهى حيث اعاد حرف التعليل وهي اللام في هذا الدليل اشارة الى استقلاله ولو كان مراده بما ذكره بقوله اونقول الى آخره ايراد دليل آخر مستقل لاعاد اللام فيه ايضا قوله ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه اقول لمانع ان يمنع كونه في معناه كيف وقد صرح فيما بعد بانه ادنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال ولان الاصل فيه التحريم والاباحة بضرورة التختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة ولا يخفى ان الادنى لا يكون في معنى الاعلى وتوضيحه ان معنى المصنف بقوله لانه في معناه اثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجال بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور امتي وقد تقرر في علم الاصول ان شرط دلالة النص ان يكون المسكوت عنه اولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق او مساويا له فيه ولا يجوز ان يكون ادنى منه وليس الامر في الفضة كذلك لما عرفت ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر اقول الاستدلال على عدم حرمة التختم باليشب بانه ليس بحجر مما لا حاصل له لان ما ليس بحجر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف كالحديد والصفر ولم يرد نص في حرمة التختم بالحجر كوروده في الذهب والحديد والصفر حتى يكون المقصود من نفي كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة بل ورد النص في جواز التختم ببعض الاحجار كالعقيق فانه روي ان

(١) المصنف في التعليل ومع طلاع الشراح كلامه بعدم الفرق بين ما ذكره المصنف وغيره

للرجال حرام لما روينا عن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يترك لعدم الحاجة اليه **قال** ولا باس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له **قال** ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا باس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رح مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عليه السلام ان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة رح ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن **قال** ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها **قال** وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس ولا باس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم شعر لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي ان النبي عليه السلام امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان **فصل** في الوطي والنظر والمس **قال** ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة رح انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف رح انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة **قال** فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيمة فان خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يامن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى

ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق فانه روي قال تختموا بالعقيق فانه مبارك كما ذكر في الكافي وغيره فكان التشبث بكونه حجرا ظاهرا نفعا في اثبات مدعى من قال بعدم حرمة التختم به من نفي كونه حجرا وعن هذا قال الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة التختم بما سوى الفضة يقال له اليشب والصحيح انه لا باس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه تختم بالعقيق انتهى كلامه

قوله والتختم بالذهب على الرجال حرام قال بعض المتاخرين هذا التصريح لما علم من قوله الا بالخاتم الا انه نوطئة لما فصله من دلالته انتهى اقول ليس ذلك بسديد لان معنى قوله الا بالخاتم الا انه يجوز للرجال التحلي بالخاتم لانه استثناء من النفي اثبات بلا ريب وما ذكره ههنا حرمة التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا تصريحا بما علم من قوله الا بالخاتم والتخالف بين نفي جواز الشيء واثبات حرمته ضروري ولو قال هذا تصريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة على القول بان مفهوم المخالفة معتبر في الروايات بالاتفاق لكان له وجه لما قيل

فصل في الوطي والنظر والمس لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل ان ما يتعلق منها بالوطي انما هي مسئلة جواز العزل عن امته بغير اذنها وعدم جواز ذلك في الحرة بدون اذنها مع كون المقصود منها بيان جواز العزل وغيره محله لا بيان حال الوطي نفسه وقد ذكرت في آخر هذا الفصل فالمناسب ان يؤخر ذكر الوطي في عنوان الفصل ايضا فيقال فصل في النظر والمس والوطي على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما في الكافي والاولى من ذلك ان يبدل الوطي بالعزل في التعبير بعد التاخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم ان مسائل النظر اربعة اقسام نظر الرجل الى المرأة ونظر المرأة الى الرجل ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والقسم الاول منها على اربعة اقسام ايضا نظر الرجل الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى امة الغير فبدأ في الكتاب باول الاقسام من القسم الاول كما ترى **قوله** قال علي وابن عباس رض ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف اقول الظاهر ان المقصود من نقل قول علي وابن عباس ههنا انما هو الاستدلال على جواز ان ينظر الرجل الى وجه الاجنبية وكفها بقولهما في تفسير قوله تعالى الا ما ظهر منها فان في تفسيره اقوالا من الصحابة لا يدل على ما ههنا شيء منها سوى قولهما لكن دلالة قولهما على ذلك غير واضح ايضا اذ الظاهر ان موضع الكحل هو العين لا الوجه كله وكذا موضع الخاتم هو الاصبع لا الكف كله والمدعى جواز النظر الى وجه الاجنبية كله والى كفيها بالكلية فالاولى في الاستدلال على ذلك هو المصير الى ما جاء من الاخبار في الرخصة في النظر الى وجهها وكفها منها ما روي ان امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر الى وجهها ولم ير فيها رغبة ومنها ما روي ان اسماء بنت ابي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فاعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا اسماء ان المرأة اذا بلغت المحيض لم يصلح ان يرى منها الا هذا وهذا اشار الى وجهه وكفيه ومنها ما روي ان فاطمة رضي الله عنها لما ناولت احد ابنيها بلالا او انسا قال رأيت كفها كانه فلقة قمر اي قطعته فدل على انه لا باس بالنظر الى وجه المرأة وكفها **قوله** وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة قال بعض المتاخرين يريد ان حرمة نفس الوجه والكف تختص بما اذا كانت شابة اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمسها انتهى اقول ليس هذا بشرح صحيح اذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم الباس

اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي راسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا وان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس ان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلّم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر و

بمس وجه المرأة الاجنبية وان كانت عجوزا وانما المذكور هنا وفي سائر الكتب عدم البأس بمس كفها اذا كانت عجوزا والاصل فيه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز في البيعة ولا يصافح الشواب كذا في المحيط وغيره وما روي عن ابي بكر وعبد الله بن الزبير رضي لما ذكر في الكتاب يعم ظاهره الدليل العقلي وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يأبى عن التعميم لكن لا مجال لاختراع مسئلة بحجة وذلك بدون ان تذكر في الكتب نقلا عن الائمة او المشايخ ثم ان تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة واجاب حيث قال فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة قلت المراد امرأة تدعو النفس الى مسها اما اذا انتهت العجوز من رؤيتها وانتهى اماها من لقائها فلا انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية اقول يرد الاعتراض المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به بعض الشراح ولا يتمشى الجواب المزبور هناك اذ الظاهر ان تلك المسئلة فيما اذا كانت شابة تشتهى يدل على بعض ذلك عطفها على قوله اذا كانت عجوزا لا تشتهى ولا شك ان الشابة المشتهاة ممن تدعو النفس الى مسها وكانت داخلة تحت النص المذكور لا محالة فيكون التعليل بقوله لما قلنا تعليلا في مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف في علم الاصول فان قلت تلك المسئلة مقيدة بان يأمن على نفسه وعليها فلا يتحقق دعوتها النفس الى مسها في تلك الصورة قلت ان لم يتحقق دعوتها النفس الى مسها بالفعل في تلك الصورة فمناسبها ذلك في كل حال والظاهر ان المراد بالمرأة المذكورة في النص المزبور هي المرأة الصالحة لان تدعو النفس الى مسها لا التي تحققت فيها دعوتها اليه بالفعل والا لزم ان لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الاجنبية الشابة اذا امن على نفسه وعليها تأمل تفهم قوله وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها قال بعض المتأخرين اشتراط الامن عليها محل تأمل لعدم كون ذلك في وسعه لعدم الوقوف عليه انتهى اقول يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية او بالتجربة في نظائره فجاز اشتراط الامن عليها ايضا بناء على ذلك قوله فان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها قال بعض المتأخرين تخصيص عدم الامن بكونه عليها غير ظاهر ايضا فان جعلنا الضمير في عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى اقول الضمير في عليها للمرأة ووجه تخصيص عدم الامن عليها بالذكر ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الامن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الامن عليها عبارة فانه اذا لم يحل مصافحتها عند عدم الامن عليها لما فيه من تعريض الغير للفتنة فلأن لا يحل مصافحتها عند عدم الامن على نفسه اولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه قوله ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة قال بعض المتأخرين قد يتوهم ذلك باباحة النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه ثم قال خطر ببالي هنا اشكال هو ان شهود الزنا كما صرح في الكتب بين حسبتي اقامة الحد والتحرز عن الهتك والستر افضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وليس في الحدود حقوق الناس الا في السرقة ولذا يجب ان يشهد بالمال فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر فلم يكن ما ذكر من التنوير في شيء اصلا لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة في الشهادة بالزنا ثم وقعت بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود وهو ان هذا يعني كون الستر افضل يجب ان يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به [illegible]

ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف لانه امارة المرض قال وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى تجاوز ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة

وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به اولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر فاذا ظهر حال الشره في الزنا مثلا وعدم المبالاة به واشاعته فاخلاء الارض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة او مرارا مستترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد انتهى اقول ما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود لا يدفع الاشكال الذي خطر ببال ذلك القائل الا في مادة جزئية وهي ما اذا وصل الحال الى اشاعة الفاحشة والتهتك بها لا في تمام مادة ان الستر فيه افضل بلا شبهة مع ان النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه مباح هناك ايضا فكفى بذلك اشكالا فلم يتم قوله ثم دفعه بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ثم اقول في دفع ذلك الاشكال بالكلية ان الحاجة الى النظر الى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققتان في الشهادة بالزنا مطلقا في تحصيل احدى الحسبتين وهي اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم تتحقق الحاجة اليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الاخرى وهي التحرز عن الهتك فمن اراد ان ينال الحسبة الاولى يحتاج ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ ذاك اذ يكفي في اباحة ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص الحسبة ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين اي من كل وجه ولا على ان لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة اخرى افضل منها الا يرى ان من اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس له بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها بناء على ان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سيأتي في الكتاب مع ان الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما يتحققان في اقامة تلك السنة لا مطلقا لامكان ترك تزوجها الداعي الى النظر اليها وان فوق تلك السنة ما هو افضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدات فقد اندفع ذلك الاشكال بحذافيره قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته قال صاحب العناية هذا هو القسم الثاني من اصل التقسيم اقول ليس الامر كذلك بل هو القسم الثالث منه كما لا يشتبه على من نظر الى تقسيمه في صدر الفصل قوله وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي قال صاحب النهاية وابو عصمة هو سعد بن معاذ المروزي فانه يقول ان السرة احد حدي العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال وقوله والشافعي بالعطف على ابي عصمة في اثبات ان السرة عورة عندهما كانه وقع سهوا لوجهين احدهما ما ذكرنا من تعليل ابي عصمة في اثبات ان السرة عورة بقوله انها احد حدي العورة فيكون عورة كالركبة فان هذا التعليل انما يستقيم ان يقول بان الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة والثاني ان الشافعي علل في اثبات ان الركبة ليست من العورة بقوله انها احد العورة فلا تكون من العورة كالسرة لان الحد لا يدخل في المحدود وهذا ينصيص منه على ان السرة ليست بعورة ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعي على ابو عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز ان يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو ان السرة محل الاشتهاء انتهى اقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين وقد نقل صاحب العناية احدهما فيما نحن فيه واجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الآخر اصلا فكانه لم يظفر بالجواب عنه

وابدى الحسن بن على رضى الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة رضى الله عنه وقال عليه السلام لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفى مثله يغلب المحرم وحكم العورة فى الركبة اخف منه فى الفخذ وفى الفخذ اخف منه فى السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب ان لج وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء

فبقى الاشكال فى العطف الواقع فى كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه فاقول فى الجواب القاطع لعرق الاشكال ان فى السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعى احديها ان السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المص ههنا وفى كتاب الصلوة ايضاً والثانية انهما ليستا بعورة كما ذكر فى وجيز الشافعية والثالثة انهما عورة وذكر صاحب الغاية باتين الاخيرتين وقال للاولى منهما وهذا اصح الوجهين واذ قد تقرر هذا فيجوز ان يكون تعليل الشافعى فى اثبات ان الركبة ليست من العورة بقوله انها حد العورة فلا يكون من العورة كالسرة مبنيا على قوله فى الرواية الثانية وهذا لا ينافى اشتراكه مع ابى عصمة فى قوله الآخر الواقع فى الرواية الثالثة عنه بل لا ينافى اشتراكه معه فى تعليله بقوله انها احد حدى العورة فيكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور فى العطف المذكور اصلا تامل تفت قوله وابدى الحسن بن على رضى الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة هذا جواب عن قول ابى عصمة والشافعى اخرجه احمد فى مسنده وابن حبان فى صحيحه والبيهقى فى سننه عن ابن عون عن عمير بن اسحق قال كنت امشى مع الحسن بن على رضى الله عنهما فى بعض طرق المدينة فلقينا ابو هريرة فقال للحسن اكشف لى عن بطنك جعلت فداك حتى اقبل حيث رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح العينى بعد بيان هذا المحل بهذا المنوال وفى معجم الطبرانى خلاف هذا حدثنا ابو مسلم الكشى حدثنا ابو عاصم عن ابن عون عن عمير بن اسحق ان ابا هريرة لقى الحسن بن على رضى الله عنهم فقال له ارفع ثوبك حتى اقبل حيث رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته انتهى وقال بعض المتاخرين بعد نقل ما ذكره العينى قلت لا مخالفة بين الروايتين لامكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فلا يضرنا بل يثبت مدعانا بالاولوية انتهى اقول كان ذلك البعض خبط فى استخراج ما رواه الطبرانى فى معجمه حيث حسب ان معنى قوله ووضع يده على سرته وضع ابو هريرة يده على سرة الحسن فبنى عليه نفى المخالفة بين الروايتين بامكان الجمع بين المس والتقبيل يعنى ان وضع ابو هريرة يده على سرة الحسن مس لها وهو لا ينافى تقبيله اياها فلا مخالفة بينهما ثم بنى عليه ايضا كلامه التسلمى يعنى لو سلم المخالفة بينهما فما رواه الطبرانى لا يضرنا بل يثبت مدعانا ههنا وهو ان لا يكون السرة من العورة بالاولوية فان عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها اولى من عدم جواز تقبيلها فاذا وضع ابو هريرة يده على سرة الحسن ولم يمنعه الحسن ثبت ان السرة ليست من العورة لكن لا يخفى على من له ادنى تمييز ان معنى قوله ووضع يده على سرته وضع الحسن يده على سرة نفسه ومن هذا قال ووضع يده بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال فى الرواية الاولى فقبل سرته والاسلوب المعروف فى الحكاية عن الاثنين ادخال الفاء عند الانتقال الى حكاية قول الآخر او فعله او ترك العاطف والسلوك مسلك الاستيناف كما فى قوله تعالى قالوا سلاما قال سلام واذ قد كان معنى رواية الطبرانى ووضع الحسن يده على سرته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تيسر تقبيل سرة الحسن عند وضعه يده على سرته ثم ان كان مقصود الحسن رضى الله عنه من وضع يده على سرته فى رواية الطبرانى التحرز عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه لشعر فعله المذكور بكون السرة من العورة وان كان مقصوده منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرة لا يدل فعله المذكور على كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جزم باحد الطرفين قوله وما يباح للرجل النظر من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء

قال ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رح ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجال لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة

اقول لقائل ان يقول استواؤهما فيه ممنوع كيف وقدم ان وجه الاجنبية وكفيها ليست بعورة حيث يجوز للرجل ان ينظر اليهما اذا امن الشهوة ولكن لا يجوز له ان يمسها وان امن الشهوة فلم يستو النظر والمس فيها ويمكن ان يقال المراد انهما سواء ما لم يرد النص على خلاف ذلك كما في الصورة المارة فان النبي صلى الله عليه وسلم قال من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة فما ذكر ههنا من حديث الاستواء مقتضى القياس وما مر موجب النص فلا تنافي بينهما تدبر قوله ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر اليه منه اذا امنت الشهوة قال صاحب العناية قوله ويجوز للمرأة ان تنظر منه الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه اقول ليس الامر كذلك في الظاهر اذ الظاهر ان المراد بالقسم الذي نحن فيه هو الذي ذكر قبيل هذه المسئلة اعني قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبتيه فانه الصالح لما يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك ان هذا الذي ذكر ههنا ليس بعكس ذلك وانما هذا عكس القسم الاول المذكور في صدر الفصل ويحتمل ان يكون مراده بالقسم الذي نحن فيه هو القسم الاول المذكور في صدر الفصل بناء على ان المصنف لما لم يستوف بعد اقسام ذلك القسم الاول بل ادخل في خلالها الاقسام الثلثة الاخر من اصل التقسيم كما سيحيط به خبير المتأملين فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلية بل كان في عهدته الآن بيان ما بقي منه فبهذا الاعتبار جاز ان يعبر عنه الشارح المزبور بالقسم الذي نحن فيه وان كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة ثم ان بعض المتأخرين طعن في تحرير هذه المسئلة حيث قال ولو نكر الرجل الثاني كان اولى اقول ليس هذا بشيء اذ لا يخفى على ذي مسكة ان المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا بيان بعض من افراده وان كان غير معين فالاولى ان يعرف الرجل في الموضعين معا تعريف الجنس لا ان ينكر الثاني ولا الاول تامل تفهم قوله وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل قال صاحب العناية هذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم اقول بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشتبه على احد من اولي النهى ولم ادر كيف خفي على مثل ذلك والعجب انه قد ابتلي بمثله فيما مر كما عرفته ونبهت عليه ولعل منشأه لما في هذا الفصل مما وقع منه ومن سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر فقصد تعيين نفسه ما هو اشار تبعا منه قوله وعن ابي حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وهذا اعني قول صاحب الكافي حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها كذا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي انتهى اقول ذكر الفخذ ههنا مستدرك بل مختل لان عدم جواز نظر المرأة الى فخذ المرأة قد تقرر في القول الاول لان الفخذ ليس مما يجوز ان ينظر الرجل اليه من الرجل والذي لا بد منه ههنا بيان ما يمتاز به القول الثاني عن القول الاول وهو ان لا ينظر الى ظهرها وبطنها ايضا وذكر الفخذ في هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه في القول الاول قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامرأتك قال في الكافي بعد ذكر هذا الاصل الذي هو حديث ابي هريرة وقالت عائشة رضي الله عنها كنت اغتسل انا ورسول الله من اناء واحد وكنت اقول بق لي بق لي وهو يقول ابق لي ابق لي ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى وقصد الشارح العيني تزييف الاستدلال على المدعى ههنا بحديث عائشة رض فقال بعد ان ذكر الاستدلال بذلك قلت لا يتم الاستدلال بهذا لانه لا يلزم ان يكون اغتسالهما معا بل يجوز ان يكون متعاقبين ولكن في ساعة واحدة ولئن

قال ﴿ وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها ﴾

سلمنا فلا يدل ذلك على ان كلا منهما كان ينظر الى فرج الآخر كيف وقد روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرني ولم أر منه انتهى اقول ليس شيء من كلامه المنفي والتسليمي بصحيح اما الاول فلان قولها رضي الله عنها فكنت اقول بق لي بق لي وهو يقول بقي لي بقي لي يدل قطعا على ان يكون اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب بقية الماء من الآخر اذ المباشر اولا هو المتقدم فالبقية وظيفة الآخر فلا معنى لطلبها من الآخر واما الثاني فلان المدعى ههنا مجرد جواز النظر الى الفرج لا لزوم وقوعه البتة ولا شك ان تجرد كل واحد منهما بمرأى من صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليهما مباحا للزوج لما وقع التجرد منهما للقطع بتحرز النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان الحرمة ثم ان مجرد جواز النظر لها الى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منهما تأدبا بما يقتضي مكارم الاخلاق فلا تنافي بين حديثي عائشة اصلا **قوله** وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها اقول كان الانسب ان لا يذكر الفخذ ههنا فانه لما تقرر فيما مر عدم جواز ان ينظر الرجل من الرجل مطلقا اي وان كان ذا رحم محرم منه الى ما بين سرتها الى ركبتها بالاولوية لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذا المقام لذكر شيء مما بين السرة الى الركبة حيث قال ولا يباح ان ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيئا من ذلك انتهى وظهر منه ايضا ان ذكر الجنب احق من ذكر الفخذ ههنا فان قلت المقصود من ذكر الفخذ في الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاما مما تقدم قلت فحينئذ كان الانسب ان يقال بدل وفخذها ما بين سرتها الى ركبتها كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها انتهى فان فيه عموم الافادة فان قلت المقصود بالاكتفاء بذكر الفخذ هو السلوك مسلك الدلالة في افادة حرمة النظر الى ما عداه ايضا مما بين السرة والركبة بالاولوية قلت فحينئذ كان الاحق الاكتفاء بذكر الركبة فان حكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السرة كما تقرر فيما مر فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها اخف منه في حرمة النظر واما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسرة ايضا دلالة بالاولوية لكونهما اقوى منها في حرمة النظر ثم ان بعض المتأخرين قصد حل بعض عبارة هذه المسألة فقال واصل التركيب ذوات الرحم المحارم على ان المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة والنكتة فيه شمول المسألة للمحرم بسبب كما سيجيء وجعل المحرم ههنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجيء الى هنا كلامه اقول فيه خلل اما اولا فلانه لو كان اصل التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على ان المحارم صفة الذوات فحذفت الرحم واضيفت الذوات الى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسألة مختصا بالمحرم بنسب اذ الرحم لا يتصور في غير النسب فلا مجال لان يكون النكتة في حذف الرحم واضافة الذوات الى المحارم شمول المسألة للمحرم بسبب اذ النكتة في العبارة لا يصلح ان تغير المعنى بالكلية حتى تنقله من الخصوص الى العموم وبالجملة بين ان يكون معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين ان تشمل المسألة المذكورة المحرم بسبب تناف لا يخفى واما ثانيا فلان قوله وجعل المحرم ههنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجيء ليس بسديد فان كلا من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا يلائمه تفسيره بما سيجيء غير مسلم اما الاول فلانه قال في المغرب والمحرم الحرام والحرمة ايضا وقال في البدائع النساء في هذا الباب

سرتها الى ركبتها نسخه

والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكرنا في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست مواضع الزينة

سبعة انواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالام والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم ونوع منهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم وهن الاجنبيات الحرائر ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم كبنت العم والعمة والخال والخالة انتهى ولا يخفى على الفطن ان المحرم المذكور ثمه في مواضع متعددة انما يصلح منه ان يكون بمعنى الحرام ما ذكر في قوله ذوات الرحم المحرم والباقي منه بمعنى الحرمة لا غير كما في قوله ذوات المحرم بلا رحم وقوله من لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم بلا محرم يظهر كل ذلك بالتامل الصادق والذوق الصحيح وقال في فتاوى قاضيخان ولا باس للرجل ان ينظر من امه وابنته واخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدات واولاد الاولاد والعمات والخالات الى شعرها وصدرها وراسها وبدنها وعنقها وعضدها وساقها ولا ينظر الى ظهرها وبطنها ولا الى ما بين سرتها الى ان تجاوز الركبة وكذا الى كل ذات محرم برضاع او صهرية وزوجة الاب والجد وان علا وزوجة الابن واولاد الاولاد وان سفلوا وابنة المراة المدخول بها فان لم يكن دخل بها فهي كالاجنبية انتهى ولا يخفى على الفطن ايضا ان المحرم المذكور في قوله وكذا الى كل ذات محرم برضاع او صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام اذ لا معنى لان يقال كل ذات حرام اي صاحبة حرام لان الحرام هي صاحبة الحرمة نفسها فلا معنى لاضافة الذات اليه واما الثاني فلانه انما لا يلائمه تفسيره بما سيجيء لو كان مراد المصنف بما سيجيء تفسير المحرم الذي هو مفرد المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه واما اذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام المأخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لا من قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملائمة كما لا يخفى والظاهر ان مراد المصنف هو الثاني ويعضده تقرير صاحب المحيط في هذه المسئلة حيث قال واما النظر الى ذوات محارمه فنقول يباح النظر الى موضع زينتها الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعمات والخالات وبنات الاخت وبنات الاخ او بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم نفسه ثم ان التحقيق في معنى التركيب المذكور وهو قولهم ذوات محارمه انه اذا اريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده يجوز ان يكون اصله ذوات الرحم المحارم على ان يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجوز ان يكون معناه ذوات الحرمات على ان يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة واما اذا اريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب او سبب كما في مسئلة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا للتعميم بل يتعين المعنى الثاني قوله والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه اي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على التاويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية وتبعه الشارح العيني اقول فيه نظر لان الاية المذكورة انما تدل على جواز ما جاز وهو النظر الى مواضع الزينة ولا تدل على عدم ما لم يجز وانما يدل عليه آية اخرى وهي قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم كما افصح عنه صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها لعموم قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم الا انه رخص للمحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فبقي غير البصر عما وراها مامورا به واذا لم يحل النظر فالمس اولى لانه اقوى انتهى او آية الظهار كما اشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل ان ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيئا من ذلك

ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقل ما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب او كان بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا قال ولا بأس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا من ذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها

والوجه فيه ان الله تعالى سمى الظهار في كتابه لمنكرا من القول وزورا وصورة الظهار ان يقول الرجل لامرأته انت كظهر امي ولولا ان ظهر المحرم عليه نظره ومسه لما سمى الظهار منكرا من القول وزورا واذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتأمل **قوله** ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج قال بعض المتاخرين وتقرير هذا الدليل واضح الا ان قوله يدخل على البعض من غير استيذان يشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير انه اذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استيذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكره ذلك ثم استدل عليه بآثار انتهى كلامه اقول مراد المصنف بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير استيذان ان العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استيذان لا انه امر مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في امر الدخول في بيت الغير فانه قال واما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يخلو اما ان يكون اجنبيا او من محارمه فان كان اجنبيا فلا يحل له الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استيذان ايضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الا ان الامر في الاستيذان على المحارم اسهل وايسر لان المحرم مطلق النظر الى مواضع الزينة منها شرعا انتهى فقد تلخص منه ان الدخول في بيت الاجنبي من غير استيذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استيذان مكروه ويكفي في التأدي الى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استيذان وان كان ذلك مما لا يمدح في حكم الشرع والحرج مدفوع شرعا فلا اشكال **قوله** والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه يعني بالمعنيين فيه الضرورة وقلة الرغبة كذا في الشروح وفي عبارة بعضهم يعني الحرج وقلة الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع اذا سرق المرء من بيت امه من الرضاع بجواز الدخول من غير احتشام واستيذان فيوقع نقصا [illegible] في الحرز قلت لا يقطع عند البعض واما جواز الدخول من غير استيذان فممنوع ذكره خواهرزاده ان المحارم من جهة الرضاع لا [illegible] ان لهم الدخول من غير حشمة واستيذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقتفى اثره العيني في ذكر هذا السؤال والجواب بعينهما اقول ليس الجواب بتام اما اولا فلانه ان قلت لا يقطع عند البعض فلان عدم القطع عند البعض وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف كما مر في كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول ابي حنيفة ومحمد وعلى قول ابي يوسف ايضا في رواية اخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسب متفق عليه واذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قال المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الاكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقرر في كتاب السرقة ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لا يخفى واما قوله واما جواز الدخول من غير استيذان فممنوع وتأييد ذلك بما ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده فانه ان لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستيذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه فان وجود احد ذينك المعنيين فيه يتوقف على ان يكون له الدخول من غير حشمة واستيذان كما تحققته مبني السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الفاء في قول السائل فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع اذا سرق المرء من بيت امه من الرضاع فالاولى في [illegible] الاستدلال على كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب ان يصار الى الدليل النقلي كما فعله صاحب البدائع حيث قال

وقوله عليه السلام لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان والمراد إذا لم يكن محرمها فإن احتاجت إلى الإركاب والإنزال فلا بأس بأن يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما إذا أمنا الشهوة فإن خافها على نفسه أو عليها تيقنا أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا وإن لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الإمكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره إلى ما يجوز أن ينظر إليه من ذوات محارمه لأنها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الأجانب كحال المرأة داخله في حق محارمه الأقارب وكان عمر رضي الله عنه إذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال ألقي عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر إلى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله أنه يباح إلا ما دون السرة إلى الركبة لأنه لا ضرورة كما في المحارم بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الإماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف وأما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الإركاب والإنزال اعتبر محمد رحمه الله في الأصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال ولا بأس بأن يمس ذلك إذا أراد الشراء وإن خاف أن يشتهي كذا ذكر في المختصر وأطلق ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وإن اشتهى للضرورة ولا يباح المس إذا اشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لأنه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال وإذا حاضت الأمة لم تعرض في إزار واحد ومعناه بلغت وهذا لما بينا أن الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رحمه الله أنها إذا كانت تشتهى ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في إزار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر إلى الأجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولأنه فحل يجامع وكذا المجبوب لأنه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي من الأفعال [illegible]

وأما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكمه حكم ذوات الرحم المحرم والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروي أن أفلح أراد أن يدخل على عائشة رضي الله عنها فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام ليلج عليك فإنه عمك أرضعتك امرأة أخيه انتهى قال في المبسوط بعد ما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والحرمة بالرضاع وكذلك الحرمة بالمصاهرة لأن الله تعالى سوى بينهما بقوله فجعله نسبا وصهرا قوله وقوله عليه السلام لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان والمراد إذا لم يكن محرما أقول لقائل أن يقول كون المراد إذا لم يكن محرما ليس بأجلى من أصل المسألة بجواز أن يكون المراد إذا لم يكن زوجا فهذا الاحتمال كيف يثبت المدعى لئن سلم كون المراد ذلك فجواز أن يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث إلا بطريق مفهوم المخالفة وهو [illegible] عندنا قوله والخصي في النظر إلى الأجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله قال الشارح العيني ههنا إيرادات الأول على المصنف الأول أن هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله عنها وإنما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عباس قال حدثنا أسباط بن محمد [illegible] عن رجل عن ابن عباس قال خصاء البهائم مثلة ثم تلا ولآمرنهم فليغيرن خلق الله وأخرجه عبد [illegible] في مصنفه عن مجاهد [illegible] الثاني أنه لا يدل على مدعاكم فإن كون الخصاء مثلة لا يدل على أن نظر الخصي إلى الأجنبية كالفحل انتهى أقول كل من إيراديه ساقط أما الأول فلأن عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رض عنده بطريق الإسناد وهو لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الإسناد أو بطريق الإرسال وقد روي ذلك عن عائشة رضي الله عنها في عامة كتب أصحابنا بطريق الإرسال وتقرر في علم الأصول أن مرسل الصحابي مقبول بالإجماع ومرسل القرن الثاني والثالث وإن لم يقبل عند الشافعي بدون أن يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب إلا أنه يقبل عندنا وعند مالك على الإطلاق حتى قالوا إنه فوق المسند ومرسل من دون هؤلاء يقبل عند بعض أصحابنا ويرد عند البعض فهذا القول المرسل إلى عائشة رض إن كان من مراسيل القرن الثاني أو الثالث فلا شك في كونه مقبولا عندنا وإن كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو أيضا مقبول على القول المختار من أصحابنا وأما الثاني فلأن قوله فلا يبيح ما كان حراما قبله من كلام عائشة رض كما يدل عليه تقريرات الثقات في عامة المعتبرات فدلالته أثر عائشة رض على المدعى أظهر من أن يخفى ثم أقول ولكن بقي شيء وهو أنه قد ذكر في أصول الفقه أن قول الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه إنما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لأنه لا وجه له إلا السماع أو الكذب والثاني منتف فتعين الأول لا فيما يدرك بالقياس لأن القول بالرأي منهم مشهور والمجتهد يخطي ويصيب والظاهر أن ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلوا عليه بالدليل العقلي الذي مرجعه القياس على ما تقرر في كتب الأصول حيث قالوا ولأنه فحل يجامع ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة رض المذكور ههنا فيلزم أن لا يوجب التقليد فكيف يتم الاستدلال به قوله وكذا المجبوب لأنه يسحق وينزل قال بعض المتأخرين ويسحق بفتح الياء وينزل بضمها أي يفعل الإنزال ولا حاجة إلى تقدير المفعول كما فعله العيني حيث قال المني بعد قوله وينزل انتهى أقول الصواب ما فعله العيني لأنه لو كان معنى ينزل ههنا يفعل الإنزال كان هذا الفعل المتعدي منزلا منزلة اللازم المقصد إلى نفس الفعل كما في نحو ذلك فلان يعطي أي يفعل الإعطاء ويوجد هذه الحقيقة على ما ذكر في المفتاح

والحاصل انه يوخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته
الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك رح هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي رح لقوله تعالى او ما
ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة
متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما
لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها
لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطي حق الحرة
قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطي فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى

ونحوه وليس ذلك المعنى بصحيح ههنا اذ الا يثبت المطلوب بمجرد كون المجبوب فاعل حقيقة الانزال فان هذا يتحقق بانزال البول ونحوه وليس ذلك
بعلة لحرمة النظر الى الاجنبية لا محالة وانما العلة لها شهوة المنى فلا بد من تعيين مفعول ينزل ههنا بالمنى حتى يتم المطلوب **قوله** والحاصل انه يوخذ
فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه اى يوجد في كل واحد منها كذا في شرح تاج الشريعة وقال بعض الفضلاء اى في المخنث الذي في اعضائه لين
وتكسر باصل الخلقة ولا تشتهى النساء على سبيل الاستخدام انتهى اقول الحق ما قاله تاج الشريعة اما اولا فلانه يصح ان يوجد في كل واحد من الاصناف
الثلثة المارة اعنى الخصى والمجبوب والمخنث بمحكم كتاب الله تعالى بلا ريب وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم وكذا قوله تعالى ولا
يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فما معنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع امكان حمله على الثلثة جميعا ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل
آخر اقوى مما ذكره اولا جامع للصور الثلث معا كما ترى واما ثانيا فلان كلمة الحاصل تقتضى في الاستعمال تفصيلا سابقا يكون ما ذكر في خيرها تلخيصا
لذلك التفصيل وهذا انما يتصور ههنا اذا كان كلام المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلث المارة لا الى الصورة الثالثة وحدها سيما لو اريد بالضمير
المجرور في قوله يوخذ فيه المخنث بالمعنى الغير المذكور فيما مر على سبيل الاستخدام كما زعمه ذلك البعض فانه لا يكون حينئذ لكلمة الحاصل مساس بما قبلها
اصلا كما لا يخفى على ذي فطنة **قوله** والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال صاحب
النهاية اطلق اسم السعيد ولم يقيده بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين على ما روينا من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه
ورده صاحب الغاية حيث قال اراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشاف وقال بعضهم في شرحه انما اطلق السعيد ليتناول السعيد بن سعيد بن
المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ ان يكون للمشترك عموم في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى اقول نظره ساقط اذ الظاهر ان مراد هولاء
الشراح بالتناول في قولهم ليتناول السعيدين هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك ان المشترك يتناول
معانيه على سبيل البدل ولقد صرحوا به حتى قال المحقق التفتازاني في التلويح والمشترك مستغرق لمعانيه على سبيل البدل والذي لا يجوز عندنا دون
الشافعي انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل الشمول في اطلاق واحد كما تقرر في علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هولاء الشراح وقال الشارح
العيني بعد نقل كلام هولاء الشراح ونظر صاحب الغاية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم اما ورده فلانه لم يستعمل احد من السلف
لفظ سعيد من غير نسبة واراد به سعيد بن المسيب او سعيد بن جبير واما ان تعليله غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولا نسلم ثبوت الاشتراك
ههنا لان الاشتراك ما وقع لمعان انتهى اقول كلا وجهيه ليس بشئ اما الاول فلانه لا شك ان العلم هو لفظ سعيد لا مجموع سعيد بن المسيب او سعيد
بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب او سعيد بن جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده
على احد منهما والا لما كان علما لكل واحد منهما بل لقصدهم زيادة اظهار المراد وتعيينه واذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ههنا للسعيدين كما ذهب
اليه هولاء الشراح لزمه ترك النسبة وصح الاطلاق واما الثاني فلان لفظ سعيد علم مشترك والاعلام المشتركة مما تقرر امره في علم النحو فكيف يمنع ثبوت
الاشتراك ههنا وقوله لان الاشتراك ما وقع لمعان لا يجدي شيئا لانه ان اراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك ايضا بلا ريب

ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناها في النكاح فصل في الاستبراء وغيره

وان ارادبها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك بمعتبرة في معنى المشترك فان المشترك ما وضع لمتعدد بوضع متعدد اي شيء كان ذلك المتعدد الموضوع له والامر في العلم المشترك كذلك فانه لا يتناوله تسميان بوضع واحد بل لكل واحد منها وضع مستقل كما عرف في موضعه ثم ان صاحب العناية علل كون المراد بالنص الا مايوجه آخر حيث قال ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله عز وجل او ما ملكت ايمانهن لزم التعارض انتهى اقول ليس ذاك بصحيح اما اولا فلانه ينتقض بخطاب الاناث ايضا بقوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن فان مقتضى ما ذكره ان لا تدخل الاماء في قوله عز وجل او ما ملكت ايمانهن بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن مع ان دخول الاماء فيه مجمع عليه واما ثانيا فلان اللازم من كون المذكور من المماليك مخاطبين بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم دخولهم في جانب الغاضين من ابصارهم لا في جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذي منع النظر اليه فان كلمة من في قوله تعالى من ابصارهم للتبعيض كما صرح به المفسرون فكان المعنى ليغضوا بعضا من ابصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة في حق من منع النظر اليه فلو دخل المذكور من المماليك في قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن لم يلزم التعارض بين الآيتين اصلا وانما يلزم ان يكون احدى الآيتين مبينة لما في الآية من الاجمال وهو معنى صحيح حسن مقبول على كل حال فان قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن على تقدير ان لا يدخل فيه ذكور المماليك كما هو مذهبنا وكذا نظائره من قوله تعالى الا لبعولتهن او آبائهن او آباء بعولتهن الى آخر الآية مبينات للاجمال الواقع في الآية الاخرى كما لا يخفى على من رزق النظر والتحقيق قوله ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح يعني قوله واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف ومحمد ان الاذن اليها قال في البدائع وجه قولهما ان لها حقا في قضاء الشهوة والعزل يوجب نقصانا فيه ولا يجوز النجس بحق الانسان من غير رضاه ووجه قول ابي حنيفة ان الكراهة في الحرة لمكان خوف فوت الولد الذي لها فيه حق والحق ههنا في الولد للمولى دون الامة وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة فيعم لكن حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال الا يرى ان من الرجال من لا ماله ويجامع امراة من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة فدل هذا على ان حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال ايضا انتهى واورد عليه بعض الفضلاء بعد نقله حيث قال اقول انما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فانه بصنعه ولهذا يحتاج الى رضاها في العزل لما فيه انتهى اقول ليس هذا بشيء لان عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي ان لا يكون لها حق الخصومة اذ لا شك ان حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها الا يرى ان للزوجة حق الخصومة في الجب والعنة بلا خلاف وان لم يكونا بصنع الزوج فتعين ان الوجه في ان لا يكون لها حق الخصومة فيمن لا ماله وهو يجامعها من غير انزال كون حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال فكذا في العزل تدبر

فصل في الاستبراء وغيره قال الشراح آخر الاستبراء لانه احتراز عن وطي مقيد والمقيد غير المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت ان الاحتراز عن الوطي المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة او الاشارة فانه تيضمن اللمس فالنهي عن المس نهي عنه فلهذا عنونه بابواب شتى انتهى اقول لا السوال شيء ولا الجواب اما الاول فلانهم ما قالوا ان الاحتراز عن الوطي المقيد بعد الاحتراز عن الوطي المطلق حتى يتوجه السوال

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عليه السلام فى سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب فى المسئلة وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود فى مورد النص

بان الاحتراز عن الوطى المطلق فيما سبق بل مرادهم ان الوطى المقيد نفسه بعد الوطى المطلق نفسه فاخر ما يتعلق بالوطى المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطى المطلق وكيف يتوهم ان يكون مرادهم ان الاحتراز عن الوطى المقيد بعد الاحتراز عن الوطى المطلق وانتفاء المقيد لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فانما يتصور ان يكون الاحتراز عن الوطى المقيد بعد الاحتراز عن الوطى المطلق واما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق فى ضمنه فيصح ان يقال الوطى المقيد بعد الوطى المطلق بناء على ان المركب بعد المفرد كما صرح به فى النهاية ومعراج الدراية واما الثانى فلان [illegible] على ان يكون المراد ان الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه [illegible] ايضا الامعنى لقوله فهذا عنونه بالوطى لان المعنى [illegible] كان العنوان بالمس عنوانا بالوطى ايضا فكان ينبغى ان [illegible] الفصل السابق بالوطى استقلالا [illegible] استقلالا [illegible] الطاهر ان مرادهم بالوطى المطلق المذكور فيما تقدم ما فى مسئلة العزل [illegible] فصل الاستبراء فان العزل [illegible] اخرج منه ان نخرج الفرع [illegible] بالوطى المقيد ههنا انما هو زمان ذات الوطى فى الاستبراء بقيد [illegible] المراد بالوطى المذكور فى عنوان الفصل السابق ايضا ما فى ضمن تلك المسئلة لما نبهت عليه فى صدر ذلك الفصل قوله ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها اقول فى اطلاق هذه المسئلة نظر فان من اشترى جارية كانت تحت نكاحه او كانت تحت نكاح غيره لكن طلقها زوجها بعد ان اشتراها ذلك المشترى وقبضها او كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد ان اشتراها وقبضها لم يلزمه الاستبراء فى شىء من هذه الصور [illegible] به وسيظهر مما ذكروا فى حيلة الاستبراء مع ان كلا من هاتيك الصور داخلة فى اطلاق هذه المسئلة كما ترى فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور قوله لانه هو الموجود فى مورد النص قال بعض الفضلاء فيه كلام فان الشىء من جملة ما وجد فى مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر ان التملك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرى صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء التملك انتهى اقول كلامه ساقط اذ لا [illegible] مورد النص [illegible] ما يصلح للسببية فى مورد النص فى استحداث الملك واليد فالمعنى لانه اى استحداث الملك واليد هو الموجود الصالح للسببية فى مورد النص وقوله ذلك القائل وهو يصلح للسببية ممنوع فان ما ذكروه من الحكمة فيه والعلة الحقيقية انما يقتضى ان يكون السبب فيه هو استحداث الملك [illegible] من غيره [illegible] فيه [illegible] كما لا يخفى على من [illegible] فى تقرير المص فى بيان الحكمة فيه وبيان علة الحقيقية وما يكون دليلا عليهما على ان تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية [illegible] فى السببية باوضح الوجه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسبية لان كونها مسبية اضافة والاضافات لا مدخل لها فى العلة لانه لو اعتبر ذلك لسد باب القياس وانه منتقض بالنصوص فلم يبق ههنا الا كونها مملوكة رقبة وهذا هو المؤثر لما ذكر فى الكتاب انتهى ثم ان قول ذلك القائل فان الظاهر ان المملك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرى صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء التملك ممنوع ايضا فان علة الاستبراء الى ارادة الوطى والمشترى هو الذى يريده دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشترى لا على البائع كما سيأتى فى الكتاب فمن اين كان استبراء التملك قبل مباشرته السبب ظاهر ولئن سلم كونه ظاهرا بالنظر الى ما هو اللائق بحال المسلم من صيانة مائه فذاك لا ينافى وجوب الاستبراء على التملك بناء على توهم شغل الرحم بالمحترم فان مجرد توهمه كاف فى وجوبه كما سيظهر من البيان الآتى

وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقة ارادة الوطي والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه

في الكتاب قوله وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه اورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يرد عليهم انهم ينكرون انعلاق الولد الواحد من ماءين لعدم امكان الاختلاط بينهما على ما مر في باب التدبير والاستيلاد فكيف نبوا ههنا حكمة الاستبراء على جوازه انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ ليس المراد بالاختلاط المذكور في قولهم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقي بل المراد به هو الاختلاط الحكمي وهو ان لا يتبين ان الولد من اي ماء انعلق يرشد اليه قول المصنف والانساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول صاحب الكافي في تعليل الاختلاط اذ لو وطيها قبل ان تتعرف براءة رحمها فجاءت بولد فلا يدري انه منه او من غيره انتهى والذي ينكرونه انما هو اختلاط الماءين اختلاطا حقيقيا فلا تدافع بين الكلامين في المقامين قوله وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان في مرجع ضمير هو في قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب نوع اشتباه ومن هذا قد اختلفت الناظرون فيه فقال صاحب النهاية قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب اي المراد من توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من غيره انتهى اقول فيه خلل فان تفسير المذكور بإرجاع ضمير هو الى توهم الشغل بماء محترم ليس بسديد لان الامر في حقيقة الشغل بماء محترم ايضا كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل على انه لم يذكر ما يصح حمل هو وان يكون الولد ثابت النسب بالمواطاة على ضمير هو الراجع الى توهم الشغل على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى بدون ذلك اذ لا شك ان توهم الشغل بماء محترم ليس نفس ان يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطاة فتامل وقال بعض الفضلاء قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب اي الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع ان وان قياس انتهى اقول فيه ايضا خلل فان الاستبراء مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى عن ان يكون مرجعا لضمير هو ههنا ليس هو لان يكون الولد ثابت النسب بل لارادة الوطي ونظرا الى علته ولتعرف براءة الرحم نظرا الى حكمته كما تدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولو لم يدع المشتري نسب الولد الذي جاءت به المشتراة بعد ان استبرأها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الامة ضعيفا على ما عرف في محله فما معنى القول بان الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب فالحق ان يقال ان ضمير هو ههنا راجع الى ماء محترم المذكور قبله بلا فصل وهو اي الماء المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة ان كما هو القياس على ما عرف في علم النحو وكون الولد ثابت النسب انما يتحقق بان تكون الامة من قبل في ملك الغير نكاحا او يمينا فتدبر قال تاج الشريعة وانما قيده بماء محترم وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطيها لانه اخرج الكلام مخرج اوضاع الشرع لان وضع الشرع ان لا يكون الا في الحلال انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية في خلاصة هذا التوجيه حيث قال في بيان ما محترم بان لا يكون من بغي وقال انما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية الحاملة من الزنا لا يحل وطيها حملا للحال على الصلاح انتهى وسلك بعض المتاخرين في توجيه التقييد بماء محترم مسلكا اخر وقصد رد التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من بغي لما سبق في كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطيها جائز بلا استبراء فاذا جاز وطيها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل وطيها لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطيها لذلك عدم حله لشغل محتمل على ان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقي ماءه زرع غيره كما مر في

غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطى والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك ۵

كتاب النكاح الى هنا كلامه اقول فيه خلل من وجوه الاول ان قوله لما سبق فى كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطيها جائز بلا استبراء ليس بتعليل صحيح للمدعى ههنا لان جواز نكاح المزنية وجواز وطيها للزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطى الجارية المزنية للتملك بلا استبراء كيف والذى سبق فى كتاب النكاح هو انه اذا رأى امرأة تزنى فتزوجها حل له ان يطأها عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء الغير فوجب التنزه كما فى الشراء ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه انه لا خلاف فى وجوب الاستبراء فى الشراء مطلقا فانما الخلاف فى الاستبراء فى نكاح المزنية والكلام ههنا فى الشراء ونحوه من التملكات فلا يتم التقريب اصلا والثانى ان قوله فاذا جاز وطيها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان مجوزا للوطى بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء فى باب تملك الجارية بالكلية اذ احتمال الزنا غير منتف فى كل جارية مملوكة وان كان مراده انه اذا جاز وطيها بلا استبراء فى صورة النكاح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى فى تلك الصورة لا يتم التقريب كما لا يخفى والثالث ان قوله فى دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطيها لذلك عدم حله لشغل محتمل الماء يتم ان لو كان الاحتراز فى قول المصنف بماء محترم قيد التوهم الشغل فقط لا للمجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معا والظاهر من كلام المصنف ان يكون قيدا للمجموع وقد افصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال فى شرح قول المصنف وهو ان يكون الولد ثابت النسب وهو اى احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة او توهما ان يكون الولد الحاصل عنه ثابت النسب انتهى فاذا كان قيدا للمجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رحمها مشتغل حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها ايضا والرابع ان قوله على ان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقى ماءه زرع غيره كما مر فى كتاب النكاح مما لا حاصل له ههنا فان مدار النقض المذكور على عدم احترام الماء فيها فانتقض بها التقييد بماء محترم عكسا والقول بان عدم جواز وطيها ليس لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يزيده كما لا يخفى قوله غير ان الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطى قال صاحب العناية فى بيان هذا فان صحيح المزاج اذا تمكن منه اراده ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع ايضا عن الوطى ودواعيه وقال ولعل الاولى ان يقول فان الظاهر ان المتمكن منه يريده والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن التمكن الشرعى انتهى اقول كل من ايراده وما اختاره ليس بتام اما الاول فلان كون غير صحيح المزاج ممنوع ايضا عن الوطى ودواعيه ممنوع فان غير صحيح المزاج عاجز عن الوطى والمنع من الشئ انما يكون عند القدرة عليه الا يرى انه لا معنى لان يقال الاعمى ممنوع عن النظر الى المحرمات وعن هذا قال تاج الشريعة فى بيان ان الاستبراء يجب على المشترى لا على البائع لان الشارع نهى عن الوطى والنهى انما يستقيم عند تمكن الوطى والتمكن للمشترى لانه هو المتملك لا على البائع لانه معرض انتهى واما الثانى فلانه كيف يكون المراد من التمكن ههنا هو التمكن الشرعى والظاهر ان التمكن الشرعى مما هو محرم شرعا غير متصور والوطى قبل الاستبراء محرم قطعا ولا شك ان علة الاستبراء متقدمة عليه فلا بد ان يكون دليلها ايضا متقدما عليه والمفروض انه هو التمكن من الوطى فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعى دون التمكن الطبعى لزم ان يتمكن من المحرم الشرعى

وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة ومن المملوك وممن لا يحل له وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المؤاجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي

تمكنا شرعيا وهو ظاهر المحذور تامل قوله وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطيها وكذلك اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لخفائها وعن هذا قالوا ان الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد واعترض عليه صدر الشريعة في شرح الوقاية واجاب حيث قال يرد عليه ان الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة فاذا كانت الامة بكرا او مشتراة ممن لا يثبت نسب ولد ها منه ينبغي ان لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء المحترم متيقن في هذه الانواع والجواب انه انما يثبت بالنص لقوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة فان السبايا لا تخلو من ان تكون فيها بكر او مسبية من امرأة ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم حكما عاما فلا يختص بالحكمة فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر اسباب الملك كذلك قياسا فان العلة معلومة ثم تايد ذلك بالاجماع الى هنا كلامه واجاب صاحب الاصلاح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ان توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه اما في الاول فلان احتمال وصول الماء الى الرحم قائم بدون زوال العذرة واما في الثانية فلما ذكر في الكافي من ان المعتبر التوهم سواء كان من المالك او من غيره ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة بان الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عامل على الحكمة بانها لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب الانواع المضبوطة انتهى وقال بعض المتاخرين بعد نقل ذلك الرد وهذا الرد مردود لان مبنى الجواب المذكور على ان وجوب رعاية الحكمة في الانواع ليعم الحكمة لتلك الانواع لا لتكون الحكمة حكمة فحاصله ان الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فمنها ما لا تيسر توقف البشر عليه ومنها ما تيسر ذلك ولما كان الحكمة فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء قاطبة لبيان الحكمة فيه فقالوا انها تعرف براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من الادلة الشرعية فان الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يدفع الحاجة الى ثبوت الحكمة فيه فقوله فحاصله ان الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب هذا فان مآله الاعتراف بعدم صلاحيته ما عده اساطين الفقهاء حكمة في هذه المسالة لان يكون حكمة فيها وهذا مما لا يتحاسه عليه المتشرع ثم اقول بقي شيء آخر في جواب صدر الشريعة وهو ان قوله فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر اسباب الملك كذلك قياسا ليس بتام فان النص ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستمتاع بها وهو الملك كما صرح به في العناية وغيرها وشرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا عن سنن القياس كما عرف في علم الاصول فانى تيسر اثبات الحكم في سائر اسباب الملك بطريق القياس فالوجه ان يقال دلالة بدل قوله قياسا فان الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر قوله ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم قال في العناية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين احدهما ان التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير بشرط القياس كما عرف موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني ان ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية امران الافضاء والوقوع

بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة
واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة فان ارتفع حيضها
تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلاثة وعن محمد اربعة اشهر
وعشر وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رح **قال**
ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والمأخوذ قول ابي يوسف فيما اذا علم ان البائع
لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها

في غير الملك فان لم يحرم بالثاني فليحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون
للاحق دلالة حكم لدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا ان حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه لم يقل بها الشافعي واكثر الفقهاء فلما كان علتها
في المسبية امرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها امران تعاضدا اعتبرت الى لفظ العناية اقول في قوله فلما كان علتها في المسبية امرا واحدا لم تعتبر نظر
فان العلة اذا كانت علة صحيحة تامة فوحدتها لا تنافي اعتبارها ولا يضر بالعمل بها وان كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم ينقل من احد
ان العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل ترى كثيرا من الخلافيات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها
بعلة واحدة اولى والظاهر ان الافضاء الى الحرام علة صحيحة تامة ولهذا قالوا في تعليل حرمة الدواعي قبل الاستبراء في غير المسبية لافضائها الى الوطء الحرام
او لاحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك ان كلمة او تدل على استقلال كل واحدة من العلتين واكتفوا في تعليل حرمة الدواعي في كثير من المسائل
بالعلة الاولى كما في الظهار والاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة كما يجيء في الكتاب هذا وقد اول بعض المتاخرين على قول صاحب
العناية ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون اللاحق دلالة حكم لدليل لم يكن للملحق به لعدمه حيث قال
بعد نقل ذلك ولا يخفى ان كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير جلي انتهى اقول ليس هذا بمستقيم اما اولا فلان المنع وظيفة المجيب فان حاصل
جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور في النظر وهو تعدية الحكم من الاصل الى الفرع بتغير كما عرف في علم الاصول
والاستثناء بانها يجوز ان تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغير في هذا الطريق فمقابلة منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن
قواعد آداب المناظرة واما ثانيا فلان منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا اذ قد تقرر في اصول الفقه ان من
شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس وقد ذكر صاحب العناية فيما مر ان حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس فتحقق الملك
المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه وانما تيسر الالحاق بطريق الدلالة وقد اشار اليه ههنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك ثم
ان لذلك البعض في هذا المقام كلمات اخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصفحنا عن التعرض لها روما للاختصار **قوله** بخلاف المشتراة
على ما بينا قال صاحب العناية وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة في المشتراة اصدق الرغبات انتهى وتبعه العيني اقول هذا خبط ظاهر اذ
لا فرق بين المسبية والمشتراة في كون الرغبة في كل واحد منهما اصدق الرغبات فكيف يصح ان يشير المص في بيان الخلاف بينهما الى ما لا فرق
بينهما فيه اصلا وانما الصواب ان قوله على ما بينا اشارة الى قوله او لاحتمال وقوعها في غير الملك اعني اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع اذ هو الفارق
بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعا قوله لانها تحتمل وقوعها في ملك الغير لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي **قوله** والاستبراء في الحامل
بوضع الحمل لما روينا قال صاحب العناية وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن انتهى اقول قد انتهى الشارح المذكور في
لفظ الحديث الذي رواه المص فيما مر حيث قال ولا الحبالى حتى يضعن حملهن مع ان لفظه الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة لعمري ان هذا كان ظاهرا ان
لا يخفى فكان السهو وقع من طغيان القلم فاتنه خيرا فقط **قوله** والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها قال بعض المتاخرين

ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطي الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطيت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم

اطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقييد قال الامام قاضيخان في فتاواه في تصوير المسئلة اذا اراد ان يشتري الجارية يتزوجها المشتري قبل الشراء اذا لم تكن في نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد انه تحقق ح سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فان القبض السابق بحكم التعارض التزوج وان عرض له كونه قبضا بحكم الشراء الى ههنا كلام ذلك البعض اقول فيه خلل اما اولا فلانه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لا بعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه وليس تام فان ما ذكره الامام قاضيخان انما هو قول بعض المشائخ ومختار نفسه واما عامة المشائخ فلم يشترطوا في هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني وان لم تكن تحت المشتري حرة فلاسقاط الاستبراء حيلة اخرى وهي ان يتزوجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش فانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رحمها من ماء الغير انتهى والمص قد اختار قول هؤلاء فلذلك اطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء واما ثانيا فلان قوله يريد انه تحقق ح سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له ليس بسديد لان حدوث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك وكان الصواب ان يقول وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد ان لم يكن فرجها حلالا له بفساد النكاح بملك اليمين تامل تقف ثم قال ذلك البعض ثم ان صاحب الكافي تبع طريقة المص ولم يلتفت الى هذا الشرط الا انه صور المسئلة بصورة ليس التسليم تنصيصا على عدم الاشتراط به وعلل المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في الصورتين معا فقال والحيلة ان لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش وانما اشتراها وهي فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رحمها من ماء الغير ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لانها كانت حلالا له بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لا نم عدم تجدد الحل بملك اليمين فانها وان كانت حلالا له بالنكاح الا انه زال ذلك بزواله بالشراء وفي زمان الشراء خال عن الحل اما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله واما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلانه يستعقبه الشراء فان المشتري ما لم يفرغ عن التلفظ بلفظ اشتريت بعد ايجاب البائع لم يحصل له الحل قلت هذه مغالطة لان وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلفظ بالحرف الاخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سلمنا ان نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل الا انه حدث حل هو اثر ملك اليمين وذلك كاف في وجوب الاستبراء لانا نمنع ذلك بل من الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد ان لم تكن حلالا له بسبب من الاسباب هذا غاية توجيه كلامه لكنه بعد محل نظر اذ لقائل ان يقول الشراء سبب الملك وحل الوطي حكمه وحكم الشيء يتعقبه فزمان وجود الملك خال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء تقدم التسليم او لا فلم يصلح ما ذكره حيلة لاسقاط اصلا فتامل فان هذا من المطارح الى هنا لفظ ذلك البعض اقول ما اورده في خاتمة كلامه ليس بشيء فانه ان اراد بقوله وحكم الشيء يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جدا وان اراد به انه يتعقبه ذاتا اي يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه ان يكون

لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنهما بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطيهما ولو وطيهما ليس له ان يجامع احديهما ولا ان ياتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا

زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا وبالجملة لزم تاخر حكم الشيء عن الشيء زمانا ممنوع ولزوم تاخره عنه ذاتا مم ضرورة كون حكم الشيء متفرعا عليه ولكن لا يلزم منه خلو زمان عن الحل مطلقا فيما نحن فيه حتى يجب الاستبراء قوله لان الحيض يمتد شطر عمرها قال صاحب النهاية اي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة ايام في كل شهر فكان قريبا بخمسة عشر يوما وهي نصف الشهر انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية وقال صاحب معراج الدراية اي قريب شطر عمرها وهو الثلث والمراد البعض انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث ان اكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى اقول نظره ساقط جدا فان الحديث الذي استدل به الشافعي علينا وهو قوله عليه السلام في بيان نقصان دين المراة تقعد احديهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي ووجه استدلاله ان المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان اكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما وقال الشارح هناك حتى صاحب العناية نفسه ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقته لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس لا تحيض في شيء من ذلك فعرفنا ان المراد به ما يقارب الشطر واذا قدر بالعشرة بهذه الآثار كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر من ذلك انه اذا كان الشطر هو النصف كما اشار اليه صاحب النهاية ههنا ونص عليه الجوهري في صحاحه والمطرزي في المغرب لا يتقوى استدلال الشافعي علينا بالحديث المذكور بل لا يمشي استدلاله به علينا اصلا حيث لم يكن مجال لكون الشطر هناك على حقيقته لعدم مساعدة عمر المراة لها كما بينوا بل لا بد وان يحمل على المجاز بان يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكروا قاطبة هناك وعليه جرى صاحب النهاية هنا ايضا فكان صاحب العناية نسي ما قدمت يداه ثم ان بعض المتقدمين قال في هذا المقام وشطر الشيء نصفه وبعضه والمراد به ههنا هو الثاني دون الاول كما ذهب اليه صاحب النهاية ولهذا اول بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة ايام وهو قريب من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر فكانه زعم ان الشطر لا يجيء الا بمعنى النصف انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد لان مجيء الشطر بمعنى البعض انما ذكره صاحب القاموس حيث قال الشطر نصف الشيء وجزؤه منه حديث الاستبراء فوضع شطرها اي بعضها انتهى ولكن ذاك ليس بقطعي في ان يكون الشطر حقيقة في معنى البعض ايضا فان اكثر كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم انه حقيقة في معنى البعض ايضا فليس معنى البعض بمناسب للمقام لان مجرد تحقق الحيض في بعض عمرها لا يقتضي الحرج في المنع عن الدواعي ايضا حالة الحيض وانما الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في نصف عمرها او في قريب من نصف عمرها لطول ايام الحيض اذ ذاك وهو المفضي الى الحرج فلذلك حمل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة المصنف ههنا على النصف واوله بالقريب من النصف ليوافق مذهبنا في اكثر مدة الحيض قوله واصل هذا ان الجمع بين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم قال تاج الشريعة فان قلت الاصل في الدلائل الجمع وامكن هنا بان يحمل قوله وان تجمعوا على النكاح وقوله او ما ملكت ايمانكم على ملك اليمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وجد هنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم هنا ايضا ولان قوله او ما ملكت ايمانكم مخصوص اجماعا فان امه واخته من الرضاع والامة المجوسية حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية والشارح العيني اقول في كل من وجهي الجواب نظر اما في الوجه الاول فلان حاصله انه على تقدير ان يحمل قوله وان تجمعوا على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطيا بملك اليمين ايضا دلالة لوجود المعنى المحرم فيه ايضا وهو قطيعة الرحم لكنه ليس

وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعًا اوغيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطي يحرم به وكذا اعتاق البعض من احدهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احدهما واجارتها وتدبيرها لاتحل الاخرى لانها لاتخرج بها عن ملكه وقوله اونكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احدهما نكاحًا فاسدًا لايباح له وطي الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطي احدهما حل له وطي الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعًا بوطي الاخرى لابوطي الموطوءة وكل امرأتين لايجوز الجمع بينهما نكاحًا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل اويده اوشيئًا منه اويعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله لاباس بالتقبيل والمعانقة لماروي ان النبي عليه السلام عانق جعفرًا رضي الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينـــــه

بتام اذ قد تقرر في اصول الفقه ان عبارة النص واشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض والظاهر ان افادة عموم قوله تعالى اوما ملكت ايمانكم حل الجمع بين الاختين المملوكتين وطيا بالعبارة ولا اقل من ان تكون بالاشارة فيلزم ان يترك بها دلالة الآية الاخرى على حرمة الجمع بينهما وطيا على مقتضى قاعدة الاصول واما في الوجه الثاني فلان حاصله ان قوله تعالى اوما ملكت ايمانكم من قبيل العام الذي خص منه البعض فصار ظنيا لتمكن الشبهة كما عرف في علم الاصول فلا يصلح ان يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع لكونه قطعيا لكنه ليس بتام ايضا اذ قد تقرر ايضا في اصول الفقه ان العام الذي خص منه البعض انما يكون ظنيا اذا كان المخصص موصولا واما اذا كان مفصولا متاخرا فالخاص اذ ذاك يكون ناسخا للعام في القدر الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعيا بلا شبهة والظاهر ان مخصص الام والاخت من الرضاع والامة المجوسية من قوله تعالى اوما ملكت ايمانكم ليس بموصول به فلم يكن ظنيا في الباقي بل كان قطعيا كالمحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح للمعارضة فتامل قوله

وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره قال صاحب الغاية قوله فينتظم التمليك بسائر اسبابه اي اسباب التمليك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتاب والهبة والصدقة انتهى اقول في بعض تمثيلاته خطأ وهو الوصية والميراث والكتابة اما في الوصية والميراث فلان تملك الغير في الوصية والميراث انما يثبت بعد موت الموصي والمورث فكيف ذلك تحت قوله بملك في قوله فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك اونكاح فان شيئا من المجامعة والمس والنظر لا يتصور بعد الممات على ان نفس التمليك ايضا على حقيقته غير متصور في الارث واما في الكتابة فلانها ملحقة بالاعتاق كما سيصرح به المصنف بقوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا فكانت من فروع قوله او يعتقها غير داخلة في قوله حتى يملك فرج الاخرى غيره اذ المراد بالملك هنا ملك اليمين بدلالة عطف قوله اونكاح عليه ولا يتصور تمليك الفرج غير ملك يمين بالكتابة كما لا يخفى على من عرف من معنى الكتابة شرعا قوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطي بذلك كله قال صاحب العناية كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالاعتاق زائدة وقال الشارح العيني بعد نقل ذلك قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة انتهى اقول هذا كلام عجيب اذ لاشك ان مراد صاحب العناية ان كلمة كذا ههنا زائدة اي مستدركة لا انها زائدة كزيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه اليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة وبالجملة مراد صاحب العناية الدخل لا التوجيه فما ذكره العيني لغو محض ثم اقول يمكن توجيه عبارة المصنف بما يندفع به الاستدراك في كلمة كذا وهو ان مراد المصنف وكذا اي وككون اعتاق البعض من احدهما كاعتاق الكل الكتابة كالاعتاق اي كاعتاق الكل فح يصير المقصود من كلمة كذا ههنا هو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا في قوله وكذا اعتاق البعض من احدهما كاعتاق كلها هو التشبيه ايضا بما قبله فكانه قال وايضا الكتابة كالاعتاق في هذا والغرض من التشبيه التشريك في تعليل واحد كما يرشد اليه قوله لثبوت حرمة الوطي بذلك كله فتدبر قوله وبرهن احدهما واجارتها وتدبيرها لاتحل الاخرى لانها لاتخرج بها عن ملكه اقول كان الظاهر في التعليل هنا ان يقول لانه لاتثبت بها حرمة الوطي فان مجرد عدم خروجها عن ملكه لايقتضي ان لاتحل له الاخرى الا يرى انها لاتخرج عن ملكه بالكتابة ايضا كما تقرر في كتاب المكاتب وصرح به الشراح هنا ايضا فيما قبل مع انه اذا كانت احدهما تحل له الاخرى كما مر انفا

ولهما ما روى ان النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال ولا بأس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

وحمل الملك في قوله لاتخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما فعله بعض المتاخرين تعسف لايخفى اذ المستعمل في اللغة والعرف حل الوطء لا ملك الوطء وانما يقال ملك اليمين او ملك النكاح قوله ولهما ما روى انه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل قال في غاية البيان وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لانه قال في ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها وكامع المرأة قبلها وقال في القاموس نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة اي عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لاستر بينهما الى هنا لفظ غاية البيان وقال العيني بعد نقل ذلك قلت فيه نظر لان المضاجع هو المعانق غالبا ولايضاجع احد غيره الا والغالب انه يعانقه انتهى اقول ليس هذا بشيء لان كون المضاجع هو المعانق غالبا ممنوع ولو سلم ذلك فلا يلزم منه ان تكون المكامعة هي المعانقة في الغالب وانما الذي يلزم ان تتلازم المكامعة والمعانقة في الغالب ولا شك ان احد المتلازمين لايكون عين الآخر كالابوة والبنوة فكيف يصح تفسير احدهما بالاخرى ولو سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يفد ههنا لان المضاجعة لما وجدت بدون المعانقة وان كان في غير الغالب كانت المعانقة اخص من المضاجعة فلم يصح تفسير المكامعة التي هي المضاجعة بالمعانقة على عدم صحة التفسير بالاخص ونظر صاحب الغاية انما هو في تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير وقال بعض المتاخرين وفسرها المص بالمعانقة مع ان المكامعة هي المضاجعة في ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها بناء على ان الكلام في المعانقة والظاهر ان ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه على ان المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة في القاموس كامعه ضاجعه في ثوب واحد الى هنا كلام ذلك البعض في شرحه وقال في الحاشية فيه رد على صاحب الغاية اقول كل من مقدمات كلامه مجروح اما قوله بناء على ان الكلام في المعانقة تعليلا لتفسير المص المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان لان كون الكلام في المعانقة كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون مطابقا لمدعاه واما قوله والظاهر ان ما نهى عن المضاجعة عن ما كان على سبيل المعانقة فممنوع اذ لم يقل احد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامعة المذكورة في الحديث بل اطلقوها قال الزمخشري في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة اي عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لاستر بينهما انتهى وقال الجوهري في الصحاح وكامعه مثل ضاجعه والمكامعة التي نهى عنها في الحديث ان يضاجع الرجل الرجل لاستر بينهما انتهى وقال المطرزي في المغرب نهى عن المكاعمة والمكامعة اي عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه في ثوب واحد لاستر بينهما هذا هو المراد بهما في الحديث عن ابي عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهما وكذا حكاه الازهري والجوهري انتهى واما قوله لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه فممنوع ايضا اذ لاشك ان شناعة المضاجعة الرجل الرجل في ثوب واحد لاستر بينهما ليست باقل من شناعة مجرد المعانقة ولو في غير داخل الثوب فكيف يقول باباحة الاولى من لايقول باباحة الثانية سيما عند اطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة في نفس المضاجعة واما قوله على ان المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهاده عليه بما في القاموس فليس بمفيد اصلا لانها وان كانت هي المضاجعة المخصوصة الا ان معناها ليس عين معنى المعانقة ولا مساويا له في التحقيق لانفكاك تحقق كل منهما عن الآخر في بعض الصور كما عرفته من قبل فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية فمن اين يحصل الرد عليه

فصل في البيع قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع بها مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد رحمه الله وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال ومن علم بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة

ذكره ذلك القائل ولعمري ان فساده لقلة التامل مما يضيق عنه الاحاطة ونطاق البيان فما تة المستعان

فصل في البيع قال الشراح آخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللبس والوطء لان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم انتهى اقول كان المناسب لسياق كلامهم ان يقولوا وما كان متصلا كان احق بالتقديم الا انهم قالوا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم افادة في ضمن بيان وجه تاخير هذا الفصل وجه تاخير الفصول السابقة ايضا عن بعض ايضا لان ما هو المتقدم منها اكثر اتصالا ببدن الانسان مما هو المتاخر كما يظهر بالتامل الصادق قوله وهذا اذا كان ثقة قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على اي وصف كان اجيب بان معنى قوله ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان لا يكذب الفاسق لمروته ولوجاهته انتهى واقتفى اثره العيني وقد سبقهما الى ماخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة حيث قالا وتاويل قوله وهذا اذا كان ثقة بعد قوله على اي وصف كان يعني انه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز ان يكون فاسق صادق القول لا يكذب بمروته انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان المصنف لم يقتصر على قوله وهذا اذا كان ثقة بل قال بعده وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على اي وصف كان بعد تقييده بقوله واكبر رايه انه كاذب لم يسعه ان يتعرض لشيء من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضير فيه لان المستفاد من قوله على اي وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات كلامه ههنا تفصيل لما اجمله فيما قبل ولا بعد في ان يفيد التفصيل ما لا يفيده الاجمال واما الثاني فلانه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا اذا كان ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق اذ يصير معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شان من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور ان يكون اكبر راي السامع انه صادق ولما تم تعليلهم ذلك بقولهم لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على عدم لزوم الاعتماد على كلامه اذ المفروض في الجواب المذكور جواز كون الفاسق ايضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه اعم من العدل لا شك ان عدم لزوم الاخص لشيء لا يقتضي عدم لزوم الاعم له فالصواب ان مراد المصنف بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلا وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل لا تناقض بين ذلك وبين قوله على اي وصف كان اصلا كما تحققته آنفا ومما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال وهذا اذا كان المخبر عدلا وان كان المخبر غير ثقة او كان لا يدري انه ثقة او غير ثقة يريد به ان المخبر اذا كان فاسقا او مستورا انظر فيه فان كان اكبر رايه انه صادق الى آخر كلامه فانه ذكر عدلا موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول محمد وان كان المخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري انه ثقة او غير ثقة بالمستور حيث قال يريد به ان المخبر اذا كان فاسقا او مستورا ومن تتبع كلمات ثقات المشائخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم المعتبرة لا يشتبه عليه ان المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيرا ما يذكرون مكان كل احد من لفظي العدل والثقة موضع الآخر وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل

وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رأيه انه كاذب لم يسع له ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان لكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيها لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلابد من دليل قال ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلاثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها انه حق يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان

وقال بعض المتاخرين في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان يعني عدلا كان او غير عدل صبيا كان او بالغا حرا كان او عبدا مسلما كان او كافرا رجلا كان او امرأة لكن يشترط كونه ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان يعتمد على قوله اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لانه لا يميل الى حطام الدنيا لوجاهته ولا يكذب لمروته فلا منافاة بين اشتراط عدم العدالة كما دل عليه قوله على اي وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة لان الثاني اعم من الاول ولو سلم فلا منافاة ايضا لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها ببيعها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات فان قوله يقبل ايضا اذا لم يكن ثقة كما صرح بقوله وكذا اذا كان غير ثقة الا ان قبوله يكون مع ضميمة التحري الموافق الى ههنا كلامه اقول فيه فساد من وجوه الاول ان قوله لكن يشترط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافي قول المصنف وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته والثاني ان قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المصنف وهذا اذا كان ثقة انما يكون تصريحا باشتراط كونه ثقة ان لو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا اذا كان غير ثقة ولما قال وكذا اذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا في عدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى والثالث ان قوله ولو سلم فلا منافاة ايضا كلام فاسد المعنى لان معناه لو سلم المنافاة بين عدم اشتراط العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة ايضا ولا شك ان تسليم المنافاة يناقض القول بعدم المنافاة فكان مضمون كلامه المزبور جمعا بين النقيضين اللهم الا ان يكون قوله ولو سلم ناظرا الى قوله لان الثاني اعم من الاول لا الى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الى آخره فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني من الاول فلا منافاة ايضا والرابع ان قوله لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات ظاهر البطلان لان المصنف وغيره عللوا كونه في سعة من ان ابتياعها ووطأها بكون قول الواحد في المعاملات مقبولا على اي وصف كان فلو كان الاول مشروطا بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعليل الاول بالثاني ضرورة عدم استلزام تحقق العام تحقق الخاص والخامس ان قوله فان قوله يقبل ايضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة يدل على خلاف مدعاه من كون الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكلني صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات اذ لا شك ان قول المصنف وكذا اذا كان غير ثقة عطف على قوله وهذا اذا كان ثقة ولا ريب ان محل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو ما اشير اليه بلفظ هذا في المعطوف عليه فاذا كان صريح معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا يقبل قول الواحد اذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم ان يكون معنى قوله وهذا اذا كان ثقة وقبول قول الواحد اذا كان ثقة على ان يكون لفظ هذا اشارة الى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس ان اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما اذا كان غير ثقة ايضا وبكون قول المصنف وكذا اذا كان غير ثقة صريحا في ذلك يناقض قوله في صدر كلامه وبالجملة ما ذكره ذلك البعض في هذا المقام بمعزل خارج عن نهج الصواب كما لا يخفى على ذوي الالباب قوله وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر قلت تعليله بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما نبهنا

وكذا اذا اخبرها مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها او اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم **قال** واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه **قال** ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة رح وقال ابي يوسف رح كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رح انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي عليه السلام من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة

عليه من قبيل اذ لو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه ان كان فاسقا وبغير الثقة من لا يعتمد على كلامه كما توهمه جماعة من الشراح على ما مر لما صح تعليل قبول قول غير الثقة اذا كان اكبر الرأي انه صادق بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة فانه لا يلزم من عدم لزوم عدالته عدم لزوم كونه من يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كما لا يخفى بقي في هذا المقام كلام وهو ان النهي ظهر مما ذكره ههنا هو ان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لكن لا ينفي قبول قوله اذا كان مخبر عدل من ان يكون اكبر رأي السامع انه صادق وقد مر في اوائل كتاب الكراهية انهم فرقوا بين المعاملات والديانات بانه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستور الا اذا كان اكبر رأي السامع انه صادق فكان ما ذكره ههنا مخالفا لما مر هناك لان ما اعتبر هناك في الديانات دون المعاملات قد اعتبر ههنا في المعاملات ايضا وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا الاشكال فذكر اجمال ما ذكرناه واجاب عنه حيث قال يرد على المص انه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول اكبر الرأي لا يبقى فرق بين المعاملات والديانات فان خبر الفاسق يقبل في الديانات ايضا باكبر الرأي على ما مر وجوابه ان خبر الفاسق انما يقبل في الديانات باكبر الرأي اذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتامل انتهى اقول جوابه ليس بشيء فان اكبر الرأي لا يمكن ان يتحقق بدون التحري اذ التحري طلب ما هو احرى الامرين في غالب الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة ما لم يطلب ذلك لم يتوجه اليه كيف يتصور حصول اكبر الرأي فلا معنى لعدم اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط اكبر الرأي فيه وانما اعتبر اكبر الرأي فيه اعتبار التحري بعينه وبين هذا وقع التعبير في بيان هذه المسألة بعينها في المحيط البرهاني بلفظ التحري بدل اكبر الرأي حيث قال فيه وان كان الذي في يديه الجارية فاسقا لا تثبت اباحة المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحرى في ذلك فان وقع تحريه على انه صادق حل له الشراء منه وان وقع تحريه على انه كاذب لا يحل له ان يشتريها منه وان لم يكن له رأي يبقى ما كان على ما كان كما في الديانات انتهى ثم اقول الاشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره ايضا وان هنا قال المحقق التفتازاني في التلويح ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار غير العدل يقبل في المعاملات من غير انضمام التحري وفي موضع آخر انه يشترط التحري ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير وقال في التوجيه فقيل يجوز ان يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسير لما ذكره في الجامع الصغير فيشترط التحري ويجوز ان يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز ان تكون في المسألة روايتان انتهى وقد ذكرت فيما مر في اوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح ان المختار عندي من بينها هو التوجيه الثاني لانه هو الحاسم لمادة الاشكال الفارق بين المعاملات والديانات اذ لا رخصة في الديانات بدون التحري والآن ايضا اقول كذلك فيحصل به التوفيق بين الكلامين في المقامين في هذا الكتاب وغيره **قوله** لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين قال صاحب العناية يعني فيما هو اعظم من هذا كالفروج والدماء الا يرى انه لو تزوج امرأة فادخلها عليه انسان واخبره انها امرأته وسعه ان يطأها اذا كان ثقة عنده او كان اكبر رأيه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل ان يقتله اذا كان اكبر رأيه انه لص قصد قتله واخذ ماله وان كان اكبر رأيه انه هارب من لص لم يعجل بقتله انتهى ورد عليه بعض المتاخرين حيث قال قوله لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين اي في كثير من الاحكام حتى يجب شيء كالتوجه الى

قال ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور
قول ابي حنيفة رح لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد رح كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو
بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال و
لا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه
الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار
فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة
حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من اهل الرأي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند
ابي حنيفة رح لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر
طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رح يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره بيع
السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه
يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه
قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية

جهة التحري ونحوهم بشيء كالصلاة اذا توضأ بماء آخر بخلاف ما نحن فيه لان فيه واكبر رأيه انه صادق فيجعل اكبر الرأي دليلا شرعيا ايضا فيما نحن فيه بل فيما هو اعظم
منه كالفروج والدماء وقال في الغاية ومثل لفظ التفسير ترقيا تفيد شمل الصورتين يعني فيما هو اعظم منه كالفروج والدماء يعني انتهى اقول نسبته السهو اليه
في تفسيره المذكور سهو عظيم فانه سلك في تفسيره المذكور مسلك الدلالة واثبات الحكم فيما نحن فيه بالاولوية كما في قوله تعالى فلا تقل لهما اف فانه
نهي عن الضرب ايضا بالاولوية وليت شعري ماذا يقول ذلك القائل في شان الامام الرباني محمد رحمه الله تعالى فانه قال ايضا في الاصل
في هذا المقام واكبر الرأي يجوز للعمل فيما هو اكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فادخلها عليه النساء واخبرنه انها امرأته الخ
كما نقل عنه في النهاية والكفاية ومعراج الدراية ولا يخفى انه ايضا مثل ما قاله صاحب الغاية في كونه من تلك الدلالة بالاولوية بل ذلك
ماخذ ما قاله صاحب الغاية وعن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد فعلم بهذا ان فيما هو اهم الامور وهو كالفروج والدماء
جاز العمل باكبر الرأي عند الحاجة مع ان الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه ففيما دون ذلك اولى انتهى قوله لان القاطع طار والاخذ امر الاول
لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في العقد والنكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم
القبول وهو ان الملك للزوج فيهما ثابت والملك الثابت للغير لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب لملك
الزوج فيهما في الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى من استصحاب الحال كذا في الغاية وكثير من الشروح
قال بعض المتاخرين بعد ذكر هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق في فصل الاكل والشرب ان الحل والحرمة من باب الديانات
فيقبل قول الواحد فيهما اذا لم تتضمن الحرمة زوال الملك كما اذا اخبر واحد عدل بحل طعام فيؤكل او حرمته فلا يؤكل لان الحرمة لا تنافي الملك
واما اذا تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا تثبت به الحرمة كما اذا اخبر عدل للزوجين انهما ارتضعا من فلانة لان الحرمة المؤبدة لا تتصور
مع بقاء ملك النكاح فاضمحل الجواب وبقي الاشكال انتهى كلامه اقول بحثه ساقط جدا لان الذي تقرر في فصل الاكل والشرب هو ان
خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل والحرمة اذا لم يتضمن زوال الملك واما اذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على ان بطلان الملك لا يثبت
بخبر الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه انه اذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل واما اذا تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب
الحال فيقبل فبناء الاعتراض هنا نظرا الى ظاهر اجمال ما ذكر هناك فاجيب عنه بان المراد من زوال الملك هناك زوال الملك الثابت بدليل
موجب لزواله ولو كان باستصحاب الحال لان خبر الواحد اقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة اصلا بخلاف
خبر الواحد فكان الجواب المذكور ههنا تفصيلا للاجمال الواقع هناك في الظاهر فكان جوابا شافيا فقد اضمحل به الاشكال كما لا يخفى قوله وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس به لانه
يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال بعض المتاخرين فيه للاحتمال ان يستعين في الفتنة احتمالا ضعيفا فلا يكره بالشك لعدم هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى
اقول ليس هذا الشرح صحيح لان كون احتمال ان لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا بكونه من اهل الفتنة ممنوع كيف وامور المسلمين محمولة على
الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب الغاية وغيره في تعليل هذه المسألة ففي حق من لم يكن معروفا بكونه من اهل الفتنة ان لم يكن احتمال ان لا يستعمله في الفتنة

ولكن ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد. قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح **قال** ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة رح

اقوى وارجح فلا اقل من ان يكون مساويا للاحتمال خلافه فالشك على معناه المصطلح عليه قطعا ولو كان احتمال ان لا يستعمله في الفتنة ضعيفا مرجوحا كان احتمال ان يستعمله في الفتنة قويا راجحا فينبغي ان يكون بيع السلاح من مثله في ايام الفتنة مكروها وجواب المسئلة على خلافه وبالجملة لا وجه للشرح المذكور اصلا **قوله** ولان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه فانما المعصية بفعل المستاجر وهو المختار فيه فقطع نسبته عنه اقول ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل ابي حنيفة رح في هذه المسئلة بمسائل متعددة كثيرة مذكورة في الذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات من غير بيان خلاف في شيء منها من واحد من ائمتنا منها انه اذا استاجر الذمي من المسلم بيعة ليصلي فيها فان ذلك لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لانه استاجرها ليصلي فيها وصلوة الذمي معصية عندنا وطاعة في زعمه واي ذلك اعتبرنا كانت الاجارة باطلة لان الاجارة على ما هو طاعة او معصية لا يجوز انتهى ومنها اذا استاجر المسلم من المسلم بيتا ليجعله مسجدا يصلي فيه المكتوبة او النافلة فان هذه الاجارة لا تجوز في قول علمائنا وعند الشافعي يجوز قال في المحيط وهذا لانها وقعت على ما هو طاعة فان تسليم الدار ليصلي فيها طاعة ومن مذهبنا ان الاجارة على ما هو طاعة لا تجوز وعنده تجوز وكان هذا بمنزلة ما لو استاجر رجلا للاذان او للامامة لا يجوز عندنا لانه طاعة وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا انتهى ومنها انه اذا استاجر ذمي من ذمي بيتا يصلي فيه لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لان صلوتهم طاعة عندهم معصية عندنا واي ذلك كان لم يجز الاجارة انتهى اذ لا يخفى ان التعليل المذكور في الكتاب من قبل ابي حنيفة رح في مسئلتنا يقتضي ان لا تبطل الاجارة في تلك المسائل ايضا فان الاجارة انما ترد على منفعة البيت ولهذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ومنفعة البيت ليست بطاعة ولا معصية وانما الطاعة والمعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن الموجر فينبغي ان تصح الاجارة فيها ايضا عنده مع ان الامر ليس كذلك كما عرفت فان قلت ان الاجارة وان وردت على منفعة البيت الا ان تحل منفعته عين العقد لاجل الطاعة او المعصية تاثيرا في بطلان الاجارة قلت فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه ايضا والحاصل ان الفرق بين تلك المسائل ومسئلتنا هذه في الحكم والدليل مشكل جدا فليتأمل ثم انه ذكر في الذخيرة والمحيط اذا استاجر الذمي من المسلم دارا ليسكنها فلا باس بذلك لان الاجارة وقعت على امر مباح فجازت وان شرب فيها الخمر او عبد فيها الصليب او ادخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شيء لان المسلم لم يؤاجرها انما اجرها للسكنى فكان بمنزلة ما لو اجر دارا من فاسق كان مباحا وان كان قد يعصي فيها ولو اتخذ فيها بيعة او كنيسة او بيت نار يمكن من ذلك ان كان في السواد قال شيخ الاسلام واراد بهذا اذا استاجرها الذمي ليسكنها ثم اراد بعد ذلك ان يتخذ كنيسة او بيعة فيها فاما اذا استاجرها في الابتداء ليتخذها بيعة او كنيسة لا يجوز الى هنا لفظ الذخيرة والمحيط قال بعض المتاخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط والتوفيق فيما بينه وبين ما ذكره المص من التنافي اقول ان التنافي بينهما ممنوع اذ يجوز ان يكون بناء قول شيخ الاسلام فاما اذا استاجرها في الابتداء ليتخذها بيعة او كنيسة لا يجوز على قول ابي يوسف ومحمد في هذه المسئلة لكون مختار نفسه قولهما وانما يلزم التنافي بينهما ان لو قال لا يجوز عند ابي حنيفة او قال لا يجوز عندهم جميعا وليس فليس وذكر احد القولين في المسئلة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعزيز في كلام الثقات وعن هذا ترى كثيرا من اصحاب المتون

وقالا لا بأس ببيع أرضها أيضا وهذا رواية عن أبي حنيفة رح لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولأبي حنيفة قوله عليه السلام ألا إن مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولأنها حرة محترمة لأنها فناء الكعبة وقد ظهر أثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لأنه خالص ملك الباني ويكره إجارتها أيضا لقوله عليه السلام من آجر أرض مكة فكأنما أكل الربوا ولأن أراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج إليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لأنه ملكه قرضا جر به نفعا وهو أن يأخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزأ فجزأ لأنه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ والله أعلم

يذكرون قول أبي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف ثم الشراح يبينون الخلاف الواقع في ذلك وكيف لا يكون مراد شيخ الإسلام بقوله المزبور ما ذكرناه وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بأنه لا بأس عند أبي حنيفة أن تؤاجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع الخمر فيه بالسواد وهل يليق بمثل شيخ الإسلام أن يغفل عن مسئلة الجامع الصغير ثم قال ذلك البعض ثم كلام المص صريح في أن إجارة البيت ليباع فيه الخمر مع كونه معصية إنما صحت عند أبي حنيفة لتخلل فعل فاعل مختار وقد صرح صاحب المحيط بأن صحتها لعدم كون بيع الخمر معصية للذمي بنفسه لأن خطاب التحريم غير نازل في حقه ولا خفاء فيما بينهما أيضا من التنافي انتهى أقول كون كلام المص صريحا فيما ذكره ممنوع لجواز أن يكون قول المص وإنما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه خارجا مخرج التغليب فإن في المسئلة المذكورة صورا إيجار البيت لأن يتخذ فيه بيت نار وإيجاره لأن يتخذ فيه كنيسة وإيجاره لأن يتخذ فيه بيعة وإيجاره لأن يباع فيه الخمر ولا شك أن اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية لغو الذمي أيضا لكون الكفار مخاطبين بالإيمان بلا خلاف واتخاذ تلك الأمور ينافي الإيمان فكانت معصية قطعا وإن لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بأن خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز أن تكون الصور الثلث الأولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المص إنما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه فكأنه قال وإنما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر وأما في غير صور اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذمي الخمر فالأمر هين فح لا يتحقق التنافي بينه وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى ثم إنه لو سلم دلالة كلام المص على كون بيع الخمر أيضا معصية للذمي فلا خير فيه لأن في تنزل خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشائخنا فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في أصول الفقه في فصل أن الكفار مخاطبون بالشرائع أم لا فيجوز أن يكون مبنى كلام صاحب المحيط على القول الأول ومبنى كلام المص على القول الثاني ولكل وجهة هو موليها **قوله** وقالا لا بأس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على أن عقارها عرضة التمليك والتملك انتهى وأصل هذا على ما ذكر في غاية البيان وغيرها ما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى أسامة بن زيد أنه قال يا رسول الله أتنزل في دارك بمكة قال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور وكان عقيل ورث أبا طالب وطالب ولم يرثه جعفر ولا علي لأنهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول لا يرث المؤمن الكافر ففي هذا الحديث ما يدل على أن أرض مكة تملك وتورث لأنه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب ما تركه أبو طالب فيها من رباع ودور انتهى ثم إن بعض المتأخرين بعد أن ذكر ما في الكافي وأصله المزبور على التفصيل المذكور قال ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الأرض قطعا لاحتمال جريان الإرث على الأبنية دون الأراضي ألا يرى إلى صحة هذا الحديث أيضا لو كانت الأراضي والأبنية عليها مملوكة انتهى أقول لا يخفى على من له أدنى تمييز أن الحديث المذكور يدل على ميراث الأرض قطعا إذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلوة والسلام قال وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور والرباع جمع ربع وهو الدار بعينها حيث كانت والمحلة والمنزل كذا في القاموس وغيره ولا شك أن كلا من الدار والمحلة والمنزل اسم لما يشتمل البناء والعرصة

مسائل متفرقة

قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لابد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال ولا باس بتحلية المصاحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا باس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رح يكره ذلك وقال مالك رح يكره في كل مسجد للشافعي رح قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه السلام انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية

التي هي الارض فكان معنى قوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من رباع او دور ما ترك لنا شيئا من البناء والارض واذا كان وجه عدم ترك شيئا من ذلك استيلاءه على كل من ذلك بالارث من ابي طالب كما ذكره الطحاوي في شرح الآثار دل الحديث المذكور قطعا على ميراث الارض ايضا وانما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث وهل ترك لنا عقيل من بيوت وليس كذلك كما ترى بل لا مجال اصلا لان يكون كذلك اذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول اسامة يا رسول الله انزل في دارك بمكة فان عدم ترك عقيل بيتنا باستيلائه على الابنية وحدها لا يقتضي عدم ترك ارضها ايضا حتى لا يمكن النزول في عرصة داره ايضا وهذا مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض والعجب انه قال في حاشية كتابه في هذا المقام الرباع جمع ربع وهو الدار بعينها والمحلة والمنزل كذا في القاموس انتهى وقال في اصل كتابه ولا يخفى عليك ان هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي ولم يلاحظ انه على ذلك كيف يتم جواب النبي صلى الله عليه وسلم بقوله وهل ترك لنا عقيل من رباع او دور والله الهادي الى سواء السبيل وهو حسبي ونعم الوكيل

مسائل متفرقة قوله ولا باس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال صاحب العناية يعني في فصل القراءة من الصلوة وقد سبقه صاحب النهاية الى التفسير بهذا الوجه اقول هذا سهو من الشارحين المذكورين لان المصنف ما ذكره في فصل القراءة من الصلوة لا صريحا ولا التزاما بل انما ذكره في باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها من كتاب الصلوة في فصل اوله ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء يظهر ذلك بالنظر الى محله قوله للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا قال تاج الشريعة في حل دلالة الآية على مدعى الشافعي خص الله تعالى المسجد الحرام بالذكر فدل على ان النهي عن الدخول خاص في حقه لان انما لحصر الحكم في الشيء او لحصر الشيء في الحكم كقولنا انما الطبيب زيد وانما زيد طبيب انتهى اقول ان قوله لان انما لحصر الحكم في الشيء او لحصر الشيء في الحكم ليس بكلام مفيد ههنا لان الخلاف ان الكفار هل يجوز لهم ان يدخلوا المسجد الحرام ام لا لا في انهم نجس ام لا وكلمة انما في الآية المذكورة انما هي في قوله تعالى انما المشركون نجس لا في قوله فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا فتاثير الحصر الذي تفيده كلمة انما هو في الجملة التي دخلت عليها كلمة انما لا في الجملة الاخرى فلا يتم التقريب قوله ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد اقول لا يذهب عليك ان هذا الدليل لو تم لدل على ان لا يدخل الكافر شيئا من المساجد ومذهب الشافعي انه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه وانما كان مناسبا لمذهب مالك كما لا يخفى قوله ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد قال بعض المتاخرين ظاهره ان هذا دليل آخر ولا وجه له فحق التعبير حذف حرف التعليل ليكون اشارة الى دفع ان يقال كيف انزله في مسجده وقد وصفهم الله تعالى بكونهم انجاسا انتهى اقول ليس ذاك بشيء اذ لا شك في صحة ان يكون هذا دليلا آخر عقليا لنا فان الخبث اذا كان في اعتقادهم لا يؤدي الى تلويث المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد باس لا محالة فقول ذلك البعض ولا وجه له تحكم بحت لا يخفى وكونه دليلا مستقلا على اصل المدعى لا ينافي ان يتضمن الجواب عن ان يقال كيف انزل النبي عليه السلام وفد ثقيف في مسجده وهم كفار وقد وصفهم الله تعالى

قال ويكره استخدام الخصيان لأن الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا بأس بإخصاء البهائم وإنزاء الحمير على الخيل لأن في الأول منفعة البهيمة والناس وقد صح أن النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لأنه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح أن النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لأنه من القعود وكذا الأولى لأنه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لأنه مأثور عن النبي عليه السلام روي أنه كان من دعائه اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر الواحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره أن يقول في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك لأنه لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر وكل لهو لأنه إن قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وإن لم يقامر بها فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل إلا الثلاث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الأفهام وهو محكي عن الشافعي رحمه الله ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده في دم الخنزير ولأنه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم إن قامر به تسقط عدالته وإن لم يقامر لا تسقط لأنه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد رحمهما الله التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير أبو حنيفة رحمه الله به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لأنه تبرع والعبد ليس من أهله وجه الاستحسان أنه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة وأجاب رهط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى أبي أسيد وكان عبدا ولأن في هذه الأشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة وإهداء الدراهم فبقي على أصل القياس

بكونهم نجسا كما حكي أنه عليه السلام لما أنزلهم في مسجده وضرب لهم خيمة قالت الصحابة قوم أنجاس فقال عليه السلام ليس على الأرض من نجاسهم شيء وإنما أنجاسهم على أنفسهم ومن عادة المص أن يجعل كثيرا ما علة النص دليلا مستقلا عقليا على أصل المسئلة إفادة للفائدتين معا ولعل ما نحن فيه أيضا من ذلك القبيل لئلا يرد عليه أن ظاهر هذا الدليل أنه تعليل في مقابلة النص وهو قوله تعالى فلا تقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الأصول فأجاب المص عنه بقوله والآية محمولة على الحضور استيلاء الخ قوله ويكره استخدام الخصيان قال العيني والخصيان بضم الخاء جمع خصي كالثنيان جمع ثني وتبعه بعض المتأخرين أقول ما ذكره ليس بصحيح فإن المضبوط في عامة المعتبرات من كتب اللغة أن جمع خصي هو خصيان بكسر الخاء وخصية قال في مختار الصحاح والرجل خصي والجمع خصيان بالكسر وخصية انتهى وأما كون الخصيان بالضم جمع خصي فلم يسمع من أئمة اللغة قط قوله وكذا الأولى لأنه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم قال بعض المتأخرين يرد عليه أن حدوث تعلق صفة تعالى بشيء حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعليق فإن صفة العز ثابت له تعالى أزلا وأبدا وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلا قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا انقصانا فيه كما أن عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته أو نقصانا فيه وبالجملة التعلقات الحادثة مظاهر الصفات لا مبادلها فالأولى في تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافي لأنه يوهم عزه بالعرش وأن عزه حادث والعز صفته القديمة حيث جعل لزوم كون عزه حادثا داخلا في حيز الإيهام فتأمل إلى هنا كلامه أقول إن صاحب الكافي وإن جعل كون لزوم عزه حادثا داخلا في حيز الإيهام إلا أنه علل إيهام أن عزه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال لأنه يوهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفته القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى فكان مدار ما قاله صاحب الكافي أيضا لزوم تعلق عزه بالمحدث فلم يكن فرق بين ما قاله المص في ورود ما ذكره ذلك القائل فلا معنى لقوله فالأولى في تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافي وإن لم ير ذلك القائل قول صاحب الكافي لتعلقه بالمحدث فيكون علة قوله وأن عزه حادث تعلقه بالمحدث فظاهر وإن لم يصح به إذ لا شيء يصلح لأن يكون علة له سواه وعن هذا ترى كل من بين وجه الكراهة في الدعاء المذكور من مشائخنا جعل المدار لزوم تعلق عزه بالحادث قال في المحيط وأما بلفظ الأول فلأنه يوهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث إذ تعلق بالحادث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير وإن كان من المعقد وهو المعروف في هذا الدعاء فإنه يكره أيضا لأنه يوهم تعلق عزه بالعرش حادث إذ تعلق بالمحدث والله تعالى عزيز لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى إلى غير ذلك من عبارات المشائخ العظام في هذا المقام ثم أقول في الجواب عما أورده ذلك البعض الظاهر أن ما يرد عنه ههنا ليس إيهام مطلق تعلق عزه تعالى بالمحدث إذ قد تقرر في علم أصول الدين أن ظهور المحدثات كلها ووجودها من كتم العدم إلى وجودها إنما هو بحسب تعلق إرادة الله تعالى وقدرته بذلك والحدوث إنما هو في التعلقات دون أصل الصفات ولا نقصان في ذلك أصلا بل هو كمال محض لا يخفى فكذا الحال في صفة عزه تعالى وإنما مرادهم بما يعبرون عنه إيهام تعلق عزه تعالى بالمحدث تعلقا خاصا وهو أن يكون في ذلك المحدث

قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملكه بالعقل وبالولاية وبالحجر وصار بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدام ولا كذلك الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو طوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا بأس برزق القاضي لانه عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم التسمية في الرزق تدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على الاختلاف المعروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا بأس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها والله اعلم بالصواب

مبدا ومنشا لعزه تعالى لما يوهمه كلمة من في قوله بمعقد العز من عرشك اذ الظاهر المتبادر منها في بادي الراي ان تكون لابتداء الغاية حتى قال بعضهم ان جميع معاني من راجعة الى معنى ابتداء الغاية ولا شك ان التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزه تعالى ولا في صفة من صفاته تعالى اصلا وكيف لا يكون مرادهم هذا والا لما صح انهم لا ينبغي ان يخفى على اساطين الفقهاء ما تقرر في علم اصول الدين من جواز تعلق صفات الله تعالى بالمحدثات تعلق افاضة الا يرى ان المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وانما المحال تعلق صفة الله تعالى بالمحدث تعلق استفاضة منه فهو المهرب عن ايهامه فيما نحن فيه بلا ريب **قوله** قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبض الهبة والصدقة له قال في النهاية اعلم ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولا اب لها انها لو قبضت او قبض لها ابوها وزوجها ان ذلك جائز فلم تمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب فانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام انتهى وقد اطبقت كلمة سائر الشراح ايضا على ان عدم الاب ليس بلازم في حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتفاقي وعلل ذلك كلهم بما ذكر في كتاب الهبة من ان الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها اب فقبض زوجها الهبة لها فانه يجوز لكونه نفعا محضا فجاز قبض الهبة لها مع قيام الاب غير ان صاحبي الكفاية والعناية ذكراه بطريق النقل عن النهاية ومن عداهما ذكروه من عند انفسهم اقول قول الكل ليس بصحيح عندي اذ الثابت مما ذكر في كتاب الهبة انما هو ان عدم الاب ليس بلازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملتقط الهبة او الصدقة للقيط الذي في يده لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الاب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلا بالمسئلة التي استشهدوا بها حيث قال وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملك مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى تامل ترشد وقال بعض المتاخرين وقوله لا اب له اي لا اب له معروف لا ان لا يكون ابوه حيا وهو بيان للواقع فان اللقيط لا يكون الا كذلك لانه في الشرع مولود طرحه اهله في الطرق خوفا من العيلة او فرارا من التهمة فلا يكون له اب معروف فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها اب وهب لها انها لو قبضت او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم تمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب وذلك لان وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار الى هنا كلامه اقول ليس هذا ايضا بصحيح فان مراده العقول عما تقرر في كتاب اللقيط من انه اذا ادعاه مدع انه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز ان يظهر له اب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم اب فيتمشى ما ذكره صاحب النهاية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الاب فيما اذا كان صغيرة مزوجة وكانت عند زوجها يعولها فلا وجه لنفي وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على ان وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار مطلقا ولا معنى لحمل قوله لا اب له في مسئلة الجامع الصغير على بيان الواقع بان يكون المراد لا اب له معروف لا ان لا يكون له اب في الحيات لانه ان كان المراد لا اب له معروف حين الالتقاط

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد رحمه الله انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رحمه الله لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي رحمه الله اعتمد على ما اختاره ابو يوسف رحمه الله ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لقوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد

فهذا مع كونه بعيدا من اللفظ جدا لاحتياجه الى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام في هذا المقام لا يليق بشان الامام الرباني محمد ذلك الهمام وان كان المراد لا اب له معروف اصلا اي لا حين الالتقاط ولا بعده ولا يصح ان يكون بيانا للواقع اذ لا يلزم ان لا يكون اللقيط الا كذلك فانه قد يكون له اب معروف بعد الالتقاط بان ادعى احد انه ابنه وشاع ذلك فانه مقبول في الشرع كما مر ولا فرق بينه وبين سائر الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى دعوة الاب كما في المولود من امته فالحق عندي ان قوله لا اب له قيد احترازي عن اللقيط الذي كان له اب حاضر فانه لا يجوز من كان في يده مثل ذلك اللقيط ان يقبض الهبة او الصدقة له على موجب ما مر في كتاب الهبة من ان زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الاب لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى اذ لا شك ان الملتقط داخل في كلية قوله وكل من يعولها غيرها فلزم ان لا يملك قبض الهبة للصغيرة التي كانت في يده وعوله كما لا يخفى فتبصر

كتاب احياء الموات

قال جمهور الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز ان تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل قولهم المذكور وهذا ليس بشيء لانه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى اقول بل ما ذكره نفسه في الرد عليهم ليس بشيء لان ما ذكروا في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكروا ههنا من المناسبة بين هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لفات بعض من المناسبات السابقة او اللاحقة ولكن هذا المعنى على ذكر منك فانه ينفعك في مواضع شتى قوله الموات ما لا ينتفع به من الارض لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالاعم لصدقه على ما له مالك معروف لكن لا ينتفع به لاحد الامور المذكورة ولك ان تقول هذا تفسير المعنى اللغوي انتهى اقول توجيهه الذي ذكره بقوله ولك ان تقول الخ ليس بتام فان قيد ان لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي ايضا قال في الصحاح والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات ايضا الارض التي لا مالك لها من الادميين ولا ينتفع بها احد انتهى وقال في القاموس والموات كغراب وكسحاب ما لا روح فيه وارض لا مالك لها انتهى فعلى تقدير ان يحمل ما في الكتاب على تفسير المعنى اللغوي تكون تفسيرا بالاعم ايضا لا يقال اصل المعنى اللغوي للموات ما لا روح فيه والذي ذكره في الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفي او الشرعي فلم يكن قيد ان لا يكون له مالك معتبرا في معناه اللغوي لانا نقول الظاهر المتبادر من ان يذكر معنى اللفظ في كتب اللغة بلا اضافة الى العرف او الشرع ان يكون ذلك المعنى معناه اللغوي سيما من قيد ايضا في قوله في الصحاح والموات ايضا الارض التي لا مالك لها وان لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوي هو الذي ذكرنا اولا فلا شك ان ما لا روح فيه اعم من الارض التي لا ينتفع بها بل من مطلق الارض فعلى تقدير ان يحمل ما في الكتاب على تعريف المعنى اللغوي يكون تعريفا بالاخص وهو ليس باقل قبحا من التعريف بالاعم وبهذا الذي ذكرنا ظهر انه يشكل ايضا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية في شرح هذا المقام حيث قالا قوله الموات ما لا ينتفع

ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها وزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها

من الارض تحديد لغوي وزيد عليه في الشرع اشياء اخر بيانها في قوله ما كان عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان في اقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فهو موات انتهى تأمل تقف **قوله** ولابي حنيفة قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به اقول لقائل ان يقول ان اعتبر عمومه هذا الحديث يلزم ان لا يملك احد شيئا من الاملاك بغير اذن الامام مع ظهور خلافه اذ لا شك ان كل احد يستبد في التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من اسباب الملك من غير توقف على اذن الامام وان لم يعتبر عمومه لا يتم المطلوب ههنا فان قلت عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه الى راي الامام وما ذكرنا من اسباب الاملاك لا يحتاج فيه الى راي الامام بخلاف ما نحن فيه قلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه الى راي الامام اول المسألة فيلزم المصادرة على المطلوب **قوله** وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع تقريره ان المشروعات على نوعين احدهما نصب الشرع والآخر اذن بالشرع فالاول كقوله عليه السلام من قاء او رعف في صلوته فلينصرف والآخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه اي للامام ولاية ان ياذن للغازي بهذا القول وكان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين وتحريضا على القتال لا نصب شرع فكذلك في يومنا هذا من قتل قتيلا لا يكون سلبه له الا ان ياذن الامام به فيجوز ان يكون قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له من ذلك القبيل وحاصله ان ذلك الحديث يحتمل التاويل وما ذكره ابو حنيفة رح مفسر لا يقبل التاويل فكان راجحا كذا في العناية وغيرها قال تاج الشريعة فان قلت ما رواه عام خص منه الحطب والحشيش وما رويناه لم يخص فيكون العمل به اولى قلت ما ذكر لبيان انه لا يجوز الافتيات على راي الامام والحطب والحشيش لا يحتاج فيهما الى راي الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا والارض مما يحتاج فيها الى راي الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل و الركاب كسائر الاموال فكان ما قلنا اولى انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية اقول كل من السؤال والجواب ليس بسديد اما الاول فلان كون ما رواه عاما خص منه الحطب والحشيش انما يقتضي كون العمل بما رويناه اولى لكونه مما لم يخص ان لو خص الحطب والحشيش مما رواه بكلام موصول به اذ يصير العام الذي خص منه البعض به ظنيا كما عرف في علم الاصول واما اذا خص الحطب والحشيش من ذلك بما هو مفصول عنه فلا يلزم اولوية العمل بما رويناه اذ يصير العام حينئذ منسوخا في القدر الذي تناوله الخاص ويبقى قطعيا في الباقي كسائر القطعيات كما تقرر في علم الاصول ايضا ولا شك ان تخصيص الحطب والحشيش مما رواه ليس بكلام موصول به بل انما هو بدليل آخر مفصول عنه واما الثاني فلان كون الارض مطلقا مما يحتاج فيها الى راي الامام اول المسألة لم يقل به الائمة في الارض الموات فبناء الجواب عليه يؤدي الى المصادرة فان قيل انما يؤدي الى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لانها صارت من الغنائم الى آخره قلنا كونها من الغنائم دليل آخر عقلي لابي حنيفة مذكور في الكتاب بعده والكلام الآن في تمشية دليله النقلي فما المصير الى ذلك الدليل العقلي ههنا يلزم خلط الدليلين ولا يخفى ما فيه **قوله** ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز اقول في هذا التعليل شيء وهو انه سيجيء في الكتاب ان المسلم والذمي مستويان في حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتمشى في حق المسلم دون الذمي فتامل

والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال والذمي يملكه بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم تحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقدرناه بثلث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او خضد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بئرها ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة على ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب

قوله والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك قال في العناية ولقائل ان يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح واما على مذهب ابي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب انه وان كان اذنا لكنه اذا اذن له للامام كان شرعا الا يرى ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه يملك سلب من قتله انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه بحث فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك في لفظ الامام ههنا بخلاف الاذن في الاحياء فانه لا يلزم ان يكون بلفظ التمليك انتهى اقول الفرق الذي ذكره ليس بتام لان لام التمليك مذكورة في كل واحد من الحديثين الواردين في المقامين فاذا كان كل منهما محمولا على الاذن فجعل وجود لفظ التمليك شرطا في اذن الامام في احد المقامين دون الآخر تحكم بحيث لم يسمع ذلك من ائمة الشرع **قوله** ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك ان المشائخ اختلفوا في كون التحجير مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا موقتا الى ثلث سنين ومنهم من قال لا يفيد وهو مختار المص اشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا احياه انسان آخر قبل مضي ثلث سنين واحياه فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس للمتحجر حق بعد ثلث سنين نفى الحق بعد ثلث سنين فيكون له الحق في ثلث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وليس بحجة كذا في العناية واورد عليه بعض الفضلاء واجاب حيث قال وانت خبير بان المص استدل على الترك ثلث سنين بهذا الطريق وجوابه ان ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع انتهى اقول جوابه ليس بسديد اذ لو لم يكن ثبوت الحق في ثلث سنين بالحديث بل بالاجماع كما قال المص وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق فان حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق المتحجر قبل ثلث سنين اذ هو المقتضي اشتراط ترك ثلث سنين ومدارنا ورده على ان استدلال المص بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا بد فيه الجواب المذبور **قوله** لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم تحصل يدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود اقول لقائل ان يقول لو تم هذا التعليل لاقتضى ان ياخذها الامام ويدفعها الى الغير بعد الاحياء ايضا اذا لم يزرعها ثلث سنين تحصيلا لمنفعة المسلمين من حيث العشر والخراج وتخليصا لها عن التعطيل فان قلت يملكها الانسان بالاحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير احق بالتصرف فيها من الغير والامام لا يقدر ان يدفع مملوك احد الى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر ان يدفع غير مملوك اليد لذلك قلت نعم يلزم المصير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله لان التحجير ليس باحياء ليملكه به فلا يكون التعليل الاول مفيدا للمدعى بدون الثاني مع ان اسلوب تحريره يابى ذلك كما ترى **قوله** لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة على ما بيناه قال عامة الشراح في حل هذا التعليل لتحقق حاجتهم اليها حقيقة اي عند محمد رح او دلالة اي عند ابي يوسف رح وقال صاحب معراج الدراية بعد ذلك اراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمد اعتبر انتفاع اهل القرية عنها حقيقة الخ واقتفى اثره صاحب العناية والشارح العيني اقول لم يصب هؤلاء الثلثة من الشراح في علم مراد المص

لأن في الأراضي رخوة فيتحول الماء إلى ما حفر دونها وإن كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند أبي حنيفة رح أربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولأنه قد يحتاج فيه إلى أن يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولأنه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه أن يدير البعير حول البئر فلا يحتاج إلى زيادة مسافة **قال** وإن كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولأن الحاجة فيه إلى زيادة مسافة لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه إلى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل إن التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابتها وفي أراضينا رخاوة فيزداد كيلا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الأول **قال** فمن أراد أن يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي إلى تفويت حقه والإخلال به وهذا لأنه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع فليس لغيره أن يتصرف في ملكه فإن احتفر آخر بئرا في حريم الأول للأول أن يصلحه ويكبسه تبرعا ولو أراد أن يأخذ الثاني فيه قيل له أن يأخذه بكبسه لأن إزالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فإنه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الأولى فلا ضمان فيه لأنه غير متعد إن كان بإذن الإمام فظاهر وكذا إن كان بغير إذنه عندهما وأما على قول أبي حنيفة رح فلأنه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير إذن الإمام إن كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان لأنه متعد فيه حيث تصرف في ملك غيره

بقوله المزبور مجموع ما ذكره فيما مر بقوله والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لأن الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وإن كان قريبا من القرية انتهى أو نصيه قوله على ما بيناه ح ناظر إلى مجموع قوله لتحقق حاجتهم إليها حقيقة أو دلالة فيجيء وأما على ما ذكره هؤلاء الشراح فيصير المزبور ناظرا إلى قوله لتحقق حاجتهم إليها حقيقة فقط ولا يخفى ما فيه من الركاكة أما أولا فلأنه كان ينبغي إذ ذاك أن يقدم قوله على ما بيناه على قوله أو دلالة كما لا يشتبه على ذوي فطرة سليمة وأما ثانيا فلأنه يلزم ح أن تقتصر حوالة البيان على صورة حقيقة الحاجة إليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة إليها أيضا وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له **قوله** لأن في الأراضي رخوة ويتحول الماء إلى ما حفر دونها أقول كان الظاهر أن يقال فيتحول الماء بالفاء ولأن سبب تحول الماء إلى ما حفر دونها إنما هو رخوة الأراضي لا غير إذ لو كانت فيها صلابة لم يتحول الماء إلى ما حفر دونها قطعا فلا بد من أداة التفريع ثم أقول لقائل أن يقول إن هذا التعليل تعليل في مقابلة النص لأن قوله عليه الصلوة والسلام من حفر بئرا فله حريمها أربعون ذراعا ظاهر في كون الأربعين من كل الجوانب الأربعة على أن يكون من كل جانب عشرة أذرع كما صرح به في الكافي وحاشية الشروح وقد تقرر في علم الأصول أن التعليل في مقابلة النص غير صحيح فكيف يتم الاستدلال بما ذكر على كون الصحيح أنه من كل جانب ويمكن الجواب بأن المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر والضرر لا يندفع عنه بعشرة أذرع من كل جانب فلو لم يكن أربعون من كل جانب لزم الحرج وهو مدفوع بالنص فكان مآل التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج وقد اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المؤدي إلى الحرج ويرشدك إليه تقرير صاحب الكافي ههنا حيث قال والصحيح أن المراد به أربعون ذراعا من كل جانب لأن المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الأول لكيلا يحفر أحد في حريمه بئرا أخرى فيتحول إليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب فإن الأراضي تختلف صلابة ورخاوة فربما يجيء آخر فيحفر بئرا أخرى بقربه ويتحول ماء البئر الأولى إليه فتتعطل عليه منفعة بئره وفي مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين انتهى فتدبر **قوله** وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يريد بقوله ما رويناه قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا وبقوله من غير فصل أي من غير فصل بين العطن والناضح ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا وبقوله أولى عنده أي عند أبي حنيفة رحمه الله ويريد بالخاص المختلف في قبوله والعمل به حديث الزهري وهو قوله حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا كذا في العناية وغيرها أقول هذا الدليل المذكور من قبل أبي حنيفة رح ههنا منقوض بما إذا كانت البئر عينا فإن حريمها خمسمائة ذراع بالإجماع كما سيأتي مع أن ما رواه من قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا لا يفصل ذلك أيضا وإن كون العام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يقتضي أن يكون حريمها أيضا أربعين ذراعا عنده فليتأمل في الفرق **قوله** ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه يعني أن الحديثين اتفقا في الأربعين فتركنا القياس في هذا القدر وفيما وراء الأربعين تعارضا

وان حفر الثاني بئرا ولها حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى لا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه القناة لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وقيل لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الارض لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى حريم له يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع من كل جانب به ورد الحديث **قال** وما ترك الفرات او الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام **قال** ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسئلة بناء على ان من حفر نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس يأباه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتحققت الحاجة ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد الظاهر فيشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتدأة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه كاثنين تنازعا في مصراعي باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضي للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على ان كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن ضيعته والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل لآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هي لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدري من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا

لان العام يقيد والخاص بقيته فتساقطا فعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره اقول فيه بحث لان المتعارضين من الدليلين انما يتساقطان اذا لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر واما اذا كان لاحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والامر فيما نحن فيه كذلك لان العام انما ينفي ما وراء الاربعين بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا واذا سلم انه ينفي ذلك بمنطوقه فانما ينفيه بطريق الاشارة والخاص يثبته بطريق العبارة وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارته عند التعارض فلزم ان لا يسقط الخاص بل فيجب ان يعمل به ويترك القياس لظهور ان ترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فان قلت كيف يتعارضان وقد تقرر ان العمل في احدهما والاختلاف في الآخر قلت يعني به صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى وقد اقتفى اثره صاحب الكفاية والشارح العيني اقول الجواب ليس بصحيح اذ لو كان المراد بتعارضهما هنا صورة التعارض التي لا تنافي رجحان احدهما على الآخر لما تم قولهم وفيما تعارضا فيه حفظناه ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الاربعين تعارضا فتساقطا فعملنا بالقياس اذ التساقط والعمل بالقياس انما يتصور في حقيقة التعارض بان يتساويا في القوة ولم يوجد المخلص واما في صورة التعارض مع رجحان احدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والقياس وقد عرف ذلك كله في اصول الفقه ثم اقول الظاهر في الجواب ان يقال مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله اولى من الخاص المختلف في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان احدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارضا فيه وهو ما وراء الاربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تأمل ترشد **قوله** ولانه قد يستقي من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما اقول هذا التعليل ضعيف جدا لانهم صرحوا بان المراد من بئر العطن ما يستقى منه باليد ومن بئر الناضح ما يستقى منه بالبعير فكيف يتم ان يقال قد يستقي من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم ان يقال فاستوت الحاجة فيهما **قوله** وقيل ان التقدير من لبئر العين بما ذكرناه في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول اقول فيه اشكال اذ المقادير مما لا مدخل فيه للرأي اصلا وانما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا عليه والذي ثبت بالنص فيما نحن فيه ما ذكر فيما قبل لا غير فتعيين الزيادة عليه عملا بالرأي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فليتأمل في الدفع **قوله** وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره اقول في التعليل قصور لانه لا يتمشى فيما اذا حفر الاول بغير اذن الامام على اصل ابي حنيفة فانه يجعل الحفر هناك تحجيرا لا مملكا ومجرد التحجير لا يصير البئر الاولى ولا حريمها ملكا للمحجر فلا يصدق هناك على اصله ان يقال ان الثاني حفر في ملك غيره فالاولى في التعليل ان يقال لانه متعد فيه حيث حفر في حق غيره اذ لا شك ان الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالاحياء ولهذا لا يقدر الامام ان يأخذها من يد المحجر ويدفعها الى غيره الا اذا حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين كما مر فيتمشى التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة ايضا على اصل ائمتنا الثلاثة جميعا **قوله** وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة قال صاحب العناية وقوله صورة لاستوائهما يشير الى ان الخلاف فيما اذا لم يكن المسناة مرتفعة على الارض فاما اذا كانت المسناة ارفع من الارض فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعه لالقاء الطين انتهى وتبعه العيني اقول ليس هذا الشرح سديدا لان الاشارة

ثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر وأما القاء الطين فقد قيل على الخلاف وقيل لصاحب النهر بالاتفاق ما لم يفحش وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر آخذ بقول ابي حنيفة في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس

فصول في مسائل الشرب

[illegible]

الى ما ذكره انما يتصور ان لو كان المراد باستوائهما في قوله صورة لا استوائهما في الارتفاع والانخفاض اي الاستواء الحسي ولا يذهب على ذي مسكة ان المراد بذلك انما هو الاستواء في الحقيقة الارضية كيف لا والاستواء بمعنى الاول قد يتحقق بين النهر والحريم ايضا لما لا يخفى عليك فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور تبصر **قوله** وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر قال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لما يظهر كون ما ذكره ثمرة لما تقدم بل لا يبعد ان يدعي العكس انتهى اقول لا وجه لكلامه هذا اصلا فانه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الارض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه ان ولاية الغرس في مقدار ذلك الحريم لصاحب الارض عنده ولصاحب النهر عندهما اذ لا شك ان ولاية الغرس في موضع ان يستحق ذلك الموضع وهذا مما لا سترة به وكيف يخفى على مثل ذلك القائل

فصول في مسائل الشرب فصل في المياه لما فرغ من ذكر احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء كذا في الشروح اقول يرد على ظاهره ان يقال اذا كان الشرب مما يحتاج اليه احياء الموات كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات على عكس ما في الكتاب والجواب ان احياء الموات لا اصالته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجمة الكتاب به في العنوان يستحق التقديم لا محالة وانما مقصود الشراح هنا بيان وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقق المناسبة والتعليق بينهما من جهة احتياج احدهما على الاخر دون بيان الترتيب بينهما فيتم المطلوب بما ذكروه **قوله** الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم تقطع يده وعترض عليه بان على هذا ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق واجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا والاباحة يقتضي ابطال الكتاب لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض فان العمل على الاطلاق مثل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة ونحو ذلك يدل على ان المراد منه غير ما اعلى الجنبة كذا في النهاية ... وان لم يلزم بالعمل بالحديث المذكور على الاطلاق ابطال دليل شرعي آخر بانهم حكموا بان الماء المحرز في الاواني يصير مملوكا بالاحراز وينقطع حق الغير عنه وهذا حكم شرعي لابد له من دليل شرعي لا محالة فلو عملنا بالحديث المذكور على الاطلاق لزم ابطال ذلك الدليل الشرعي الدال على ان الماء المحرز في الاواني ملك خاص لمن احرزه لا شركة فيه لغيره من الناس فدل على ان المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعي الدال على ان الماء المحرز في الاواني ملك مخصوص لمحرزه كما قيل في الآية المذكورة فينبغي ان لا يورث شبهة فيما لو سرق انسان ما احرز في الاواني كما لا تورثها الآية المذكورة فالحق في الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع السارق نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا قلت مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الآحاد كما في قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم فلا يجوز الزائد على الاربع فكذا معنى الآية والله اعلم خلق لكل احد

فصل في كرى الانهار قال رضي الله عنه الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد لم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطريق يجبر الآبي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكرى لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود من الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رح والاول اصح لان له رايا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله فاذا جاوز الكرى ارضه حتى سقط عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس على اهل الشفة من الكرى شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع **فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه**

منكم ما وقع في يده لاكل الاشياء وما نحن فيه اثبت الحديث الشركة للناس عاما انتهى

فصل في كرى الانهار قال جماعة من الشراح لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها لكن لما كانت مؤنة الكرى امرا زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام اخر ذكره انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان المص لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب بل هو في اثناء ذكر مسائلها بعد كيف وقد قال فيما قبل فصول في مسائل الشرب وهو الان شرع في الفصل الثاني من تلك الفصول واما ثانيا فلان النهر العام ايضا لا يوجد بدون مؤنة الكرى بل له مؤنة من بيت مال المسلمين كما صرح به المص فيما بعد حيث قال فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم لا يقال مرادهم ان النهر العام يوجد بدون مؤنة الكرى على اهله لا انه يوجد بدونها مطلقا يشير اليه قول المص فيما بعد واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان لانا نقول مؤنة النهر العام وان كانت على السلطان في الظاهر حيث كان صرفها من يده الا انها في الحقيقة على اهلها ايضا وهم عامة المسلمين يرشد اليه الشيخ لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم في تعليل قوله فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين ولئن سلم ان مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدي نفعا ايضا اذ لا يلزم ح ان يوجد النهر بدون مؤنة الكرى مطلقا فلا يثبت كون مؤنة الكرى امرا زائدا على النهر فلا يتم وجه التاخير الذي ذكروه ههنا ثم اقول ما ذكروه ههنا مع كونه غير تام في نفسه مستغنى عنه بالكلية بما ذكروه من قبل عند قول المص فصول في مسائل الشرب فصل في المياه فانهم قالوا هناك لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء انتهى فتامل **قوله**

وله ان المقصود من الكرى الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره قال صاحب النهاية والصواب نفع غيره لان الانفاع في معنى النفع غير مسموع كذا وجدت بخط الامام تاج الدين المزيوسجي الى هنا كلامه واقتفى اثره جماعة من الشراح ولم يزيدوا على ذلك شيئا وقال صاحب الغاية استعمل الانفاع في معنى النفع وهو ضد الضر ولم يسمع ذلك في قوانين اللغة وجاء رجعته في لغة هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه انفعته بمعنى نفعته ولكن اللغة لا تصح بالقياس ويجوز ان يكون ذلك سهوا من الكاتب بان يكون في الاصل انتفاع غيره من باب الافتعال انتهى كلامه وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح على الترتيب المذكور قلت لا يلزم ان تكون الهمزة ههنا للتعدية لكون النفع متعديا بدون الهمزة بل يجوز ان تكون للتعريض من باب ابعته فان باع متعد ولما قصدوا منه التعريض ادخلوا الهمزة عليه على قصد ان يكون المفعول معرضا لاصل الفعل فان معنى ابعته عرضته للبيع وجعلته منتسبا اليه وكذلك ههنا يكون المعنى فلا يلزمه ان يجعل غيره معرضا للنفع ولا منتسبا اليه انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ ماله ايضا اثبات اللغة بالقياس وهو غير صحيح على ما صرحوا به ولو لم ذلك لكان قياس ما في الكتاب على ارجعه بمعنى رجعه اولى واحسن من قياسه على اباعه بمعنى عرضه للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب

وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان
نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده
ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر
او على سطح او الميزاب والممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع
بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما
فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا
تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى الا برضاء اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل
موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته
وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم
فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء
باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم
النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة
وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق
ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى

قوله وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد تباع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح
فيه الدعوى قال في المبسوط ينبغي في القياس ان لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب
مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب كذا في العناية وغيرها اقول فيه اشكال لان ما ذكره في الكتاب لا يدفع
ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط اذ لا شك ان المشروط ينتفي بانتفاء الشرط فاذا انتفى الاعلام الذي هو شرط لصحة الدعوى في
دعوى الشرب بجهالته جهالة لا تقبل الاعلام انتفى صحة الدعوى الشرب قطعا فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون
الارض ارثا وباقيا بعد بيع الارض ومرغوبا فيه والا يلزم ان يتحقق المشروط بدون ان يتحقق الشرط فكيف يصلح ما ذكره في الكتاب ان يكون
وجه الاستحسان في مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط على ان ما ذكره في الكتاب لو كان مصححا لدعوى الشرب مع جهالته لكان
مصححا لدعوى غيره ايضا من الاعيان المجهولة مع كونها باطلة قطعا نعم يصلح ما ذكر في الكتاب ان يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه
آخر للقياس مذكور ايضا في المبسوط ومنقول عنه ايضا في النهاية ومعراج الدراية وهو ان المدعي يطلب من القاضي ان يقضي له بالملك
فيما يدعيه اذا اثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بغير ارض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالخمر في حق المسلمين فان ما ذكر في الكتاب
يدفع هذا الوجه ويصير جوابا عنه على وجه الاستحسان تامل تفهم ثم اقول الوجه الاول من ذينك الوجهين للقياس في مسئلتنا هذه وان كان مذكورا
في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها وبطريق الاصالة في البعض الا انه منظور فيه عندي لانهم
ان ارادوا بقولهم في ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ان الشرب مطلقا مجهول جهالة لا تقبل الاعلام فهو ممنوع فانه اذا ادعى
شرب يوم في الشهر مثلا يصير الشرب هناك معلوما نص عليه في الاصل فانه قال في باب الشهادات في الشرب من الاصل واذا كان
نهر لرجل في ارضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر واقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا
لانها شهادة قامت على شرب معلوم من غير ارض والشهادة على الشرب من غير ارض مقبولة اذا كان الشرب معلوما والشرب
معلوم لانهم شهدوا له بشرب يوم من ثلثين يوما وهو معلوم الى هنا لفظ الاصل وان ارادوا بذلك ان الشرب قد يكون مجهولا
فهو مسلم ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه اذ لا شك ان المراد بصحة دعوى الشرب بغير ارض استحسانا في مسئلتنا هذه صحة دعوى الشرب
المعلوم فان دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح اصلا نص عليه في الاصل ايضا فانه قال فيه وان شهدوا ان له شربا
ولم يسموا عدد الايام لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا يدرى ان له شرب يوم من الشهر او من
السنة او من الاسبوع وجهالة المشهود به تمنع قبول الشهادة لانه لا يمكن القضاء بها انتهى **قوله** فان لم يكن في يده قال في العناية والنهاية
يعني بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه او لم يكن اشجاره في طرفي النهر انتهى اقول في المعنى الاول خلل اذ لا يخفى على الفطن انه على تقدير ان
يكون مراد المصنف بقوله فان لم يكن في يده هو المعنى الاول اي بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه يلزم ان يلغو قوله ولم يكن جاريا اذ لا يكون

وليس لاحد من الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد الرجل ان يسوق شربه في ارضه اولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اذا اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب السفل ان ينقض ذلك وكذلك لورثته من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته وكيف يصنع الامام الاصح ان يضمه الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم يضم الشرب اليها ويبيعهما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض ويصرف الفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملأها فسال من ارضه حتى غرقت ارض جاره او نزت لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه والله اعلم

كتاب الاشربة

عدم الجريان ح منه رجا في مضمون قوله فان لم يكن في يده فيكون قوله ولم يكن جاريا مستدركا محضا فالوجه هو المعنى الثاني وهو ان لم يكن اشجاره في طرفي النهر فان كون اشجاره في طرفي النهر علامة ان يكون هذا النهر له وجريان مائه فيه علامة ان يكون له مجراه في هذا النهر فيكون قوله فان لم يكن في يده اشارة الى انتفاء العلامة الاولى وقوله ولم يكن جاريا اشارة الى انتفاء العلامة الثانية ويصير معنى مجموع كلامه فان لم يوجد شيء من العلامتين فعلى المدعي البينة ان هذا النهر له او انه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السياق واللحاق كما ترى لا يقال يجوز ان يكون مراد صاحبي العناية والنهاية تفسير مجموع قول المصنف فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا على ان يكون قولهما بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه ناظرا الى قوله ولم يكن جاريا وان يكون قولهما او لم يكن اشجاره في طرفي النهر ناظرا الى قوله فان لم يكن في يده على طريقة اللف والنشر الغير المرتب لانا نقول مع كون اللف والنشر الغير المرتب في مثل هذا المقام من قبيل الالغاز في الكلام لا يستقيم كلمة او في قولهما او لم يكن اشجاره في طرفي النهر فانها لاحد الامرين فيلزم بان يكون معنى كلام المصنف فان انتفت احدى العلامتين فعليه البينة وليس بصحيح فانه اذا انتفت احدهما ووجدت اخراهما لا تجب عليه البينة ولهذا قال المص ولم يكن جاريا بكلمة او اشارة الى انتفائهما معا قوله والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره ذكر المص في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع ان الشرب يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشائخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب انتهى فتوهم بعضهم ان قوله ههنا حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله هناك ولهذا يضمن بالاتلاف مناقضة ظاهرة اقول ليس ذاك بشيء لان بناء كلاميه في المقامين على الروايتين فما ذكره ههنا على رواية الاصل وهو مختار شيخ الاسلام خواهر زاده وما ذكره هناك على ما قاله الامام فخر الاسلام البزدوي وقد افصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال رجل له نوبة ماء في يوم معين من الاسبوع فجاء رجل فسقى ارضه في نوبته ذكر الامام علي البزدوي ان غاصب الماء يكون ضامنا وذكر في الاصل انه لا يكون ضامنا ثم قال وفي فتاوى الصغرى رجل اتلف شرب رجل بان يسقي ارضه بشرب غيره قال الامام البزدوي ضمن وقال الامام خواهر زاده لا يضمن وعليه الفتوى انتهى وافصح عنه صاحب الكافي ايضا ههنا حيث قال حتى لو اتلف شرب انسان بان يسقي ارضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل واختار فخر الاسلام انه يضمن انتهى

كتاب الاشربة

قال جمهور الشراح ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق واحد لفظا ومعنى وقصد بعض الفضلاء ان مرادهم بعرق واحد لفظا ومعنى ان العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعله الارض فان كلا منهما يخرج منها اما بالواسطة او بدونها انتهى اقول حمل مرادهم بالعرق المعنوي ههنا على الارض بناء على خروج الشرب منها بالذات وخروج الاشربة منها بالواسطة تعسف جدا لا تقبله

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان مائيتها وهي النيئ من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم قال البعض هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر

النهاية والسابقة والصواب ان مراد هم بالعرق المعنوي ههنا هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فان كلا منهما يشتق من ذلك المصدر وبه في الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى وههنا ايضا كذلك وبهذا المعنى كونهما شعبتي عرق واحد لفظا ومعنى ويرشد اليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصلي والحروف الاصول انتهى ثم ان من محاسن ذكر الاشربة بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما بال حل للامم السابقة مع احتياجهم ايضا الى العقل اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرمة شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع في المحظور بان يدعو شرب القليل منها الى شرب الكثير ونحن مشمولنا بالخيرية فان قيل فلا حرمت علينا ابتداء والداعي المذكور الموجود اجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك واما التدريج النصارى لئلا ينفر من الاسلام كذا في العناية اقول في كل من وجهي الجواب الثاني نظر اما في وجهه الاول فلان الشهادة بالخيرية وان لم تكن في ابتداء الاسلام الا ان نفس خيرية هذه الامة كانت في الابتداء وفي الانتهاء وكما لا يخفى على احد وهي كافية في الكراهة فلا يتم التقريب واما في وجهه الثاني فلان نفرة بالخمر اي المعتاد بها من الاسلام بتحريم الخمر لو وجد بتحريمها في اي وقت كان فانها اذا لم تحرم في ابتداء الاسلام كان النصارى مبقيا على حاله في ابتداء الاسلام ايضا فاذا حرم بعد ذلك لزم ان ينفر عنه بما يقتضي صعوبة ترك المعتاد وايضا احتمال كون الاعتياد باعثا على التنفر عن الاسلام عند النهي عن تعاطي ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهي عنها في ابتداء الاسلام مع انه لم يعتبر ذلك في شيء منها بل في مقابلة ظهور شرف الاسلام فههنا ايضا ينبغي ان يكون كذلك فالوجه الوجيه في الجواب عن السؤال الثاني ما ذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل فلا حرمت الخمر في ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا اباح الله تعالى في ابتداء الاسلام ليعاين الفساد في الخمر حتى اذا حرم عليهم عرفوا منه الحق لديهم وليس الخبر كالمعاينة انتهى قوله سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها يعني سمي هذا الكتاب بالاشربة اي اضيف اليها والحال ان الاشربة جمع شراب وهي اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما او حلالا وفي استعمال اهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكرا لما فيه اي وهذا الكتاب في بيان حكمها اي حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع هذا زبدة ما ذكر ههنا في جملة الشروح والكافي مع نوع زيادة في حل الالفاظ قال بعض الفضلاء في تفسير قوله من بيان حكمها اي بيان حكم انواعها وقال ولعل ذلك تمهيد العذر بعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنون بها لان فيه بيان احكام انواعها كما في البيوع او لاضافة الكتاب الى الاعيان والفقه يبحث عن افعال المكلفين فصرح ان الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان للافعال فلذلك عنون ويعلم منه حال الافعال والتفصيل في كتب الاصول خصوصا التلويح في اوائل القسم الثاني الى هنا كلامه اقول ليس لتوجيه الذي ذكره لاضافة الكتاب الى الاعيان معنى محصل لانه ان اراد ان الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان حقيقة لا للافعال فهو ممنوع اذ قد تقرر في كتب الاصول سيما في التلويح في اوائل القسم الثاني

قولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية

ان اضافة الحل والحرمة الى الاعيان كحرمة الميتة والخمر والامهات ونحو ذلك مجاز عند كثير من المحققين من باب اطلاق اسم المحل على الحال او هو مبني على حذف المضاف اي حرم اكل الميتة وشرب الخمر ونكاح الامهات لدلالة العقل على الحذف والمقصود الاظهر على تعيين المحذوف واما عند بعضهم وان كانت اضافة الحل والحرمة الى الاعيان حقيقة لوجهين مفصلين في محله الا ان كون اضافتهما الى الافعال حقيقة مما لم ينكره احد قط بل من يقول بكون اضافتهما الى الاعيان حقيقة انما يقيس اضافتهما الى الاعيان على اضافتهما الى الافعال في كونها حقيقة ويستمد بذلك في توجيه مذهبه فلا مجال للقول بان الحرمة وصف للاعيان حقيقة لا للافعال على كلا المذهبين وان اراد ان الحرمة ههنا وصف للاعيان مجاز للافعال لا يتم قوله فلذلك عنون بالاعيان لان كون الحرمة وصفا للاعيان مجازا لا يقتضي ان يعنون الكتاب بالاعيان بل رعاية جانب الحقيقة في العنوان اولى واحسن بلا ريب فكان الذي ينبغي ان يعنون بالفعل بان يقال كتاب شرب الاشربة حتى يراعى كون الفقه باحثا عن افعال المكلفين بلا كلفة ان يقال ويعلم منه حال الافعال وبالجملة توجيه المذكور ليس بتام على كل حال قوله احدها في بيان ماهيتها ووقع في بعض النسخ ماينتها بدل ماهيتها قال في غاية البيان الماهية بمعنى الماهية وهو ما به الشيء هو هو كماهية الانسان وهي حيوان ناطق انتهى قلت وفي نسخة ماينتها ههنا ايهام لطيف لما في قوله وهو النيء من ماء العنب تبصر تفقه قوله ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه اقول لمانع ان يمنع اطباق اهل اللغة على انه اسم خاص التي من ماء العنب اذا صار مسكرا الا يرى انه قال في قاموس اللغة الخمرة ما اسكر من عصير العنب او عام وقال والعموم اصح لانها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم الا البسر والتمر انتهى وهذا صريح في ان الخمر عند بعض اهل اللغة يعم ماء العنب وغيره وان العموم اصح عند صاحب القاموس قوله ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية قال صاحب غاية البيان بيانه ان النيء المسكر من ماء العنب خمر قطعا ويقينا لثبوت ذلك بالاجماع فيترتب عليه الحرمة القطعية فاما سائر الاشربة ففي تسميتها خمرا شبهة لان فيها خلافا بين اهل العلم وادنى درجة الاختلاف ايراث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الثابتة قطعا على ما فيه شبهة لان بالشبهة لا يثبت القطع واليقين انتهى اقول في هذا البيان خلل فانه جعل فيه مدار كون الحرمة في غير النيء المسكر من ماء العنب ظنية واختلاف العلماء في شبهة ذلك خمرا وليس ببعيد اذ المصنف بصدد بيان بطلان ذلك الاختلاف واثبات ان غير النيء المسكر من ماء العنب لا يسمى خمرا فلو كان مدار ظنية حرمة غير ذلك اختلافهم في تسمية خمرا لزم المصادرة على المطلوب فكانه قال الخمر هي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وغيره ليس بخمر كما زعمه بعض الناس لان حرمة الخمر قطعية وحرمة غير النيء من ماء العنب ظنية لانا خالفنا في كون غير ذلك خمرا وقلنا ان اسم الخمر مخصوص بالنيء من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك فاورث خلافنا في ذلك شبهة في كونه خمرا فلم تكن حرمته قطعية وفي هذا مصادرة كما ترى وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون

وانما سمي خمرا للتخمر لا لمخامرة العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من النجوم
وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رح

قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وادنى درجات
الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني انتهى اقول وفيه ايضا خلل اما اولا فلما مر آنفا من استلزامه المصادرة على
المطلوب فان الظاهر من قوله فان فيه اختلافا بين العلماء في مقابلة قوله وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف ان يكون مراده باختلاف
العلماء في غير النيء من ماء العنب اختلافهم في كونه خمرا فيؤول الى ما ذكر في غاية البيان واما ثانيا فلان قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني
غير صحيح لارتباطه بما قبله لان مدلول ما قبله ان غير النيء من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه فاللازم منه ان تكون حرمته قطعية
قطعية لم يثبت ان اراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير النيء من ماء العنب قطعية لم يكن التفريع صحيحا قطعا وان اراد به فتكون حرمة الخمر
فتكون قطعية وما هو الدليل عليها ظني اذ لا شك ان دليل حرمة الخمر قطعي كما افصح عنه في صدر بيانه حيث قال يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع
مثبت الا بقطعي فالحق في شرح كلام المصنف ههنا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا يعني فلا يصح ان يعرف
تحريمها الا الى عين تثبت تلك العين قطعا وغير النيء ليس بتلك المثابة لمكان الاجتهاد وفيه انتهى فانهما لم يريدا بالاجتهاد الاجتهاد
في تسميته خمرا حتى يلزم المصادرة على ب بل اراد به الاجتهاد في عدم حرمته كما اشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال في العصير اذا طبخ حتى
يذهب اقل من ثلثه بعد بيان انه حرام عند الاوزاعي انه مباح وقال في نقيع التمر بعد بيان انه حرام وقال شريك بن عبد الله
انه مباح وقال في نقيع الزبيب بعد بيان انه حرام اشتد وغلا وتياتي فيه خلاف الاوزاعي ثم ان بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل
المذكور من قبلنا حيث قال لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير النيء بل انهم لا يكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالربوا فان حرمته قطعية
وحرمة بيع الحفنة بالحفنتين متفاضلا مثلا ليس بقطعية انتهى اقول ليس هذا بشيء لان عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير النيء من ماء العنب لا ينافي
توجه الالزام عليهم بل بذلك يتوجه الالزام عليهم لان حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سياتي في الكتاب ان الله تبارك وتعالى سمى الخمر في كتابه
الكريم رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة وما يثبت بهذه
الادلة القطعية قطعي جزما فاذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النيء من ماء العنب تعين ان لا يكون غير النيء خمرا اذ لا شك ان قطعية الحرمة وعدم قطعيتها
لا يجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم الالزام في قولهم ان كل مسكر خمر وتنظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالربوا الخ لا يجدي شيئا لان علة الربوا
عندنا الكيل مع الجنس او الجنس او الوزن مع الجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان ففي بيع الحفنة بالحفنتين متفاضلا
لا يوجد الربوا عندنا لعدم وجود علته فلا يحرم ذلك البيع واما عند الشافعي فيوجد فيه الربوا لوجود علته ثم فتكون حرمة الربوا قطعية فيصح حجة
على الشافعي هناك ايضا لمثل ما قلنا ههنا فلا فائدة في التنظير اصلا **قوله** وانما سمي خمرا للتخمر لا لمخامرة العقل قال بعض الفضلاء ولك ان
تقول هذا منع لا يضر انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم اولا ان هذا منع بل يجوز ان يكون معارضة يعني انما سمي خمرا للتخمر اي لتشدده وقوته
وبهذا المعنى لم يوجد في غير النيء من ماء العنب فلم يكن غيره خمرا ويشير اليه تقرير تاج الشريعة وصاحب الكفاية ههنا حيث قالا اي لتشدده وقوته

والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد

فان لها شدة وقوة ليست لغيرها حتى سميت ام الخبائث انتهى ولئن سلم ان ذاك منع لا معارضة فلا وجه لقوله لا يضر فان المقصود بهذا الكلام انما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر فانه اذا منع قوله لانه مشتق من مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليلا للخصم علينا وهو عين الضرر له ثم ان صاحب العناية قال في شرح كلام المص هنا وقوله وانما سمي يعني غير التي من ماء العنب خمرا لتخمره اي لصيرورته مرا كالخمر لا للمخامرة جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل انتهى اقول هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح اصلا اذ لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المص فيما بعد على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه ولعمري ان هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح وكان لنا ان نحمل كلمة غير في قوله يعني غير التي على السهو من قلم الناسخ الاول لولا قوله كالخمر في قوله اي لصيرورته مرا كالخمر فان التشبيه بالخمر يقتضي ان يكون المشبه غير الخمر وهو غير التي من ماء العنب والصواب في شرح هذا المقام ان يقال يعني انما سمي التي من ماء العنب خمرا لتخمره اي لتغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمرا لا لمخامرته العقل اي ليست التسمية لمخامرته العقل اي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير التي من ماء العنب ايضا فيكون خمرا فيه فينتظم المرتباط بالسابق واللاحق كما لا يخفى وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المص لتخمره اي لصيرورته خمرا اقول هذا التفسير خال عن التحصيل اذ يؤدي الى تعليل الشيء بنفسه كما يشهد به التامل الصادق قوله فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا انتهى وتبعه العيني اقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح لان النجم انما كان اسما خاصا لجنس الكوكب موضوعا له لظهوره ثم صار علما للثريا بلا وضع واضع معين بل لاجل الغلبة وكثرة استعماله في فرد من افراد جنسه كما هو حال سائر الاعلام الغالبة على ما عرف في موضعه والظاهر ان مراد المص رح بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف انه اسم خاص الظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لا انه علم خاص لشخص معين من افراد جنس الكوكب وهو الثريا لان معنى الظهور انما لوحظ في مرتبة كون النجم اسما موضوعا لجنس الكوكب لا في مرتبة كونه علما لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثريا فان كونه علما له انما كان بمجرد غلبته وكثرة الاستعمال فيه لا لملاحظة معنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة اعلام اتفاقية وهذا كله مما لا سترة به عند من له دربة بالعلوم الادبية مع ان صاحب العناية انما اعتبر بلفظ المعروف في قول المص اسم خاص للنجم المعروف الا ان مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور مطلقا وهو جنس الكوكب تامل ترشد قوله والثاني اريد به بيان الحكم قال في غاية البيان والعناية يعني اذا اسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد انتهى اقول فيه بحث لان حاصله تفسير الحكم في قوله والثاني اريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند اسكار كثيرة وليس بتام لان قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يفيد الحصر كقوله عليه السلام الائمة من قريش على ما تقرر في موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور في ذينك الشرحين لزم ان لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيرا بهما الى الكرمة والنخلة لان المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحد عند اسكار الكثير يتحقق في غير تينك الشجرتين ايضا فان نبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وان كان حلالا عند ابي حنيفة رح

لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد ولابي حنيفة رح ان الغليان بداية الشدة وكمالها
بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل
يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر
حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا والرجس هو المحرم
العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص
الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر
المسكرات والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء

وابي يوسف اذا لم يحصل مرتبة الاسكار وكان من غير لهو وطرب الا انه اذا اسكر كثيره صار حراما بالاجماع ويثبت به الحد على القول الاصح كما يجي
في الكتاب والحق ان المراد بالحكم الذي اريد بيانه بالحديث الثاني هو حرمة قليله وكثيره وهذا المعنى لا يتحقق في المتخذ من غير تينك الشجرتين فيصح
الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار وعبارة صاحب الكافي في تفسير المراد بالحكم ههنا وان لم تكن صريحة في حرمة القليل والكثير معا الا انها
باجمالها لا تنافيها بل تساعدها حيث قال والمراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة واقتفى اثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية **قوله**
لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد اقول فيه نظر لان قوله لان الاسم يثبت له مصادرة على المطلوب لان مدعاهما ثبوت
هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه ابو حنيفة رحمه الله بل يقول باشتراط القذف بالزبد فيه فالتعليل مدعاهما ثبوت هذا الاسم بالاشتداد تعليل الشيء
بنفسه وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معلولة وهذا ينافي ما صرح به فيما بعد من ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه وقد شرح
الشارح السكاكي قول المص هنا بما يظهر في المنافاة حيث قال وكذا المعنى المحرم هو الاسكار يحصل بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد اي الاسكار مؤثر في ايقاع العداوة
والصد عن ذكر الله تعالى انتهى ولا يخفى ان هذا انما يلائم قول من قال بانها معلولة بالسكر كما ذكره المص فيما بعد بقوله ومن الناس من
انكر حرمة عينها وقال السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى فتامل **قوله** ولابي حنيفة ان الغليان بداية الشدة
وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع اقول
لقائل ان يقول الكلام في هذا الموضع في حد ثبوت اسم الخمر لا في حد ترتب الاحكام الشرعية عليه فيجوز ان يثبت اسم الخمر [illegible]
يشترط ترتب الاحكام الشرعية عليه بكمالها فلا يتم التقريب وتحريره ان يقال الكلام ههنا في حد ثبوت اسم الخمر في الشرع [illegible]
فقط فاذا ثبت اسمها الشرعي يلزم ان تترتب عليها احكام الشرعية بلا تراخ فيتم التقريب تدبر **قوله** والثالث ان عينها حرام غير معلول
بالسكر قال بعض الفضلاء فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول ما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى اقول ليس هذا الشيء
لان السكر لازم الاسكار ومطاوعه فلا يفترقان في التحقيق فالتعليل باحدهما يودي الى التعليل بالآخر ومجرد الفرق بينهما والمفهوم لا يجدي شيئا
ههنا كما لا يخفى كيف ولا شك ان مراد المص بيان كون حرمتها لعينها غير معلولة بشيء ما اصلا لا انها غير معلولة بالسكر ولكنها معلولة بشيء آخر كالاسكار
لان ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجحود كتاب الله تعالى انما يترتب على ادعاء كونها معلولة بما ينافي كونها محرمة العين مطلقا لا على ادعاء كونها معلولة
بالسكر فقط وانما قال غير معلول بالسكر لكون الواقع في كلام المنكر هذه العبارة تبصر تفهم **قوله** والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف
السنة المشهورة قال الشراح وهي ما روى ابن عباس من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب قالوا لما كانت
حرمتها لعينها لا يصح التعليل لان التعليل ح يكون مخالفا للنص انتهى اقول لقائل ان يقول ان كان تعليلها وتعديتها الى غيرها منافيا لحرمتها
لعينها يلزم من تعليلها وتعديتها الى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى ايضا فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين كما مر والسنة المتواترة
واجماع الامة ايضا على ما مر من قبل وذلك يودي الى جحود تلك الادلة القطعية وحاشا الثالث فعني من ذلك وان لم يكن تعليلها وتعديتها [illegible]

والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن خمر لا يحل له ان يأخذه ولا للمديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ما ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رح وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس فيه خمرية ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به

منافي الحرمة عينها بل كانت حرمة عينها ثابتة بتلك الادلة القطعية وحرمة عين غيرها ثابتة بتعدية حرمة عينها الى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بانه خلاف السنة المشهورة لان مدلول السنة المشهورة انما هو حرمة عين الخمر والفرض ان تعديتها الى غيرها لا ينافي حرمة عينها ثم اقول الحق عندي ههنا ان تعليلها بالاسكار لا ينافي حرمة عينها الا ان قليلها ليس بمسكر فيلزم ان يكون قليلها حراما على مقتضى التعليل بالاسكار ويلزم منه ان لا يكون عينها حراما لكن الشافعي لم يقل بتعليلها بالاسكار وانما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالمخامرة ونحوها فالظاهر انه لا ينافي حرمة عينها والشافعي انما قال بتعليلها بالمخامرة فعدى حكمها الى غيرها من المسكرات حتى اوجب الحد بشرب الباذق قياسا على الخمر كما صرح به في الكافي والشروح فمن اين يلزمه المخالفة للسنة المشهورة **قوله** والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه اقول فيه شيء وهو ان الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر آنفا انما هو حرمتها ... فما معنى الحوالة على تلك الدلائل القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فما معنى كونها نجسة نجاسة غليظة موضع ... عنه بالاصالة وان ... الدلالة المارة نعم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة فانه ... رجسا والرجس هو القذر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة الا انه يبقى الكلام في صيغة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على ما ... فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافي حيث قال وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لانها سميت رجسا بالنص القطعي انتهى **قوله** والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها اقول لقائل ان يقول هذا التعليل ينتقض بالسرقين فانه نجس العين مع انه مال متقوم يجوز بيعه عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال فلا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة انتهى تامل **قوله** والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام اقول انتقاض هذا التعليل بالسرقين اظهر مما مر آنفا ... **قوله** واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق قال في القاموس الباذق بكسر الذال وفتحها ما طبخ من عصير العنب ادنى طبخة فصار شديدا وقال في المغرب الباذق من عصير العنب ما طبخ ادنى طبخة فصار شديدا وقال في الفائق هو تعريب باده وهو الخمر ونقل صاحب النهاية ما في المغرب وما في الفائق ولم يتكلم على شيء منهما بشيء اقول فيما ذكر في الفائق نظر لان الخمر على ما مر هي النيء من ماء العنب او ما صار مسكرا والمطبوخ ليس بنيء قطعا والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب ادنى طبخة فليس بخمر لا محالة ولهذا قال المصنف واما العصير اذا طبخ في مقابلة قوله واما الخمر فكيف يتصور ان يكون الباذق تعريب باده بمعنى الخمر اللهم الا ان يكون ما ذكر في الفائق مبنيا على ما قاله بعض الناس من ان الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو المحقق عندنا من كونها اسما خاصا للنيء من ماء العنب اذا اسكر **قوله** والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ قال في غاية البيان قوله والمنصف يجوز ان يكون بالنصب وهو الاوجه عطفا على قوله الباذق اي يسمى العصير الذاهب اقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف ايضا والدليل على هذا ان ابا الليث فسر في شرح الجامع الصغير الذاهب

واما نقيع التمر وهو السكر وهو التي من ماء التمر اي الرطب

اقل من ثلثيه بالمنصف وايضا انه قد حصر الاشربة المحرمة على اربعة وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان المنصف غير الباذق الذي هو المطبوخ الذاهب اقل من ثلثيه لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون المنصف بالرفع لانه نوع من الذاهب اقل من الثلثين لانه اعم من ان يكون منصفا وغيره ولهذا جعل شيخ الاسلام خواهرزاده الباذق قسما والمنصف قسما انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا انتهى اقول لعل الاوجه لا وجه له اصلا فضلا عن ان يكون اوجه فانه يصير معنى كلام المصنف على ذلك التقدير العصير الذي طبخ ادنى طبخة يسمى باسمين احدهما الباذق والاخر المنصف وهذا يقتضي ان يكون الباذق والمنصف متحدين في المعنى وهو العصير المطبوخ ادنى طبخة مع ان تحرير المصنف ينافي ذلك اما اولا فلانه فسر المنصف بقوله وهو ما ذهب اقل من نصفه بالطبخ فكيف يتصور الاتحاد في المعنى واما ثانيا فلانه قال وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد الخ ولا يخفى ان لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق ان قول المصنف المنصف مرفوع لا غير فهو معطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ ادنى طبخة والمعنى ان العصير المطبوخ الذاهب اقل من ثلثيه على قسمين احدهما المطبوخ ادنى طبخة المسمى بالباذق والاخر المنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل منهما حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واذا اتفق على الاشتداد والاحاديث ان المنصف لو كان غير الباذق لكانت الاشربة المحرمة خمسة وقد حصرها في الاربعة فعلى طرف التمام لان الاربعة التي حصر الاشربة المحرمة فيها انما هي اصول الاشربة المحرمة واقسامها الاولية والباذق والمنصف ليسا كذلك بل انما هما قسمان من احد تلك الاصول والاقسام الاولية وهو الطلاء العام للباذق والمنصف ثم ان بعض الفضلاء اورد على قول صاحب العناية وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله ايضا انتهى اقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف انما يتصور على تقدير ان يكون قوله والمنصف مرفوعا واما على تقدير ان يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لان يكون المسمى باحدهما غير المسمى بالاخر بل يقتضي معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دربة بقواعد العربية ثم اقول يمكن ان يناقش في قول صاحب العناية لانه لو كان منصوبا لقال ايضا بوجه اخر وهو ان الواو العاطفة في قوله والمنصف على تقدير ان يكون منصوبا معطوفا على الباذق تغني غناء كلمة ايضا فلا نسلم انه لو كان منصوبا لقال ايضا قوله واما نقيع التمر وهو السكر وهو التي من ماء التمر اي الرطب قال صاحب العناية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا نقع في الماء يسمى نقيعا فلا حاجة الى ان ينقع الرطب لا محالة حتى يسمى نقيعا وقياس كلامه هنا ان يقول في نقيع الزبيب اي نقيع العنب وليس بقوي انتهى وقال جمهور الشراح دفعا لذلك النظر وانما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رح على ما يجيء انتهى اقول فيما قاله جمهور الشراح ايضا نظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند ابي حنيفة وابي يوسف انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ ادنى طبخة كما صرح في عامة المعتبرات وسيجيء في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ

فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتأويل ما روينا ومن قبل الاية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده تجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رحمه الله انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رحمه الله يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله وقوله الاول مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة رحمه الله يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف رحمه الله رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي رحمهما الله حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله تعالى

وعند محمد والشافعي حرام انتهى والذي ذكره ههنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما افصح عنه بقوله وهو النيء من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير ولا شك انه ليس بحلال عند ائمتنا اصلا فلا حاجة الى تقييد التمر بالرطب **قوله** فهو حرام مكروه قال عامة الشراح اردف الحرام بالكراهة اشارة الى ان حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانه لو كان مقصود المصنف بارداف الحرام بالمكروه الاشارة الى ما ذكروه لاردفه بذلك في كل واحد من الاقسام الثلاثة المذكورة بعد الخمر اذ ليست حرمة شيء منها كحرمة الخمر ولو اكتفى بارادفه بذلك في واحد من تلك الاقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر احق بذلك كما لا يخفى واما ثانيا فلان المصنف صرح بان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر فما الحاجة الى الاشارة الى ذلك ههنا **قوله** وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا اقول فيه اشكال لانهم صرحوا في شرح قول المصنف والاية محمولة على الابتداء بان الآية مكية وتحريم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصور ان يكون معنى الآية قبل تحريم الخمر تتخذون منه سكرا حراما والخمر وقتئذ مما لم يوصف بالحرمة فاين السكر فليتأمل **قوله** الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية اقول لقائل ان يقول من هذه الاشربة نقيع التمر وهو السكر وقد قال في اثبات حرمته ولنا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقد تقرر في علم الاصول ان اجماع الامة سيما اجماع الصحابة دليل قطعي يكفر جاحده فكيف يتم القول ههنا بان حرمة هذه الاشربة لا يكفر مستحلها لكون حرمتها اجتهادية لا قطعية ويمكن ان يجاب عنه بان نقل الاجماع قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد مثل ذلك الاجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله الينا كما تقرر هذا ايضا في علم الاصول فيجوز ان يكون الاجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القبيل ويكون هذا باعثا على وقوع الاجتهاد في خلافه **قوله** لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر اقول فيه نظر اما اولا فلانهم صرحوا بان معنى تقوم المال اباحة الانتفاع به شرعا وسيجيء التصريح عن قريب بان هذه الاشربة مما لا ينتفع به بوجه من الوجوه فكيف يتصور التقوم فيها واما ثانيا فلان الدلالة القطعية انما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل الا يرى ان خبر الواحد من السنة يوجب العمل ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرر في علم الاصول وما نحن فيه من العمليات فينبغي ان يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفى به في الحكم بحرمة هذه الاشربة اذ هي ايضا اجتهادية لا قطعية كما صرح به آنفا **قوله** ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة اقول في التعليل بحث اذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به الا يرى ان السرقين نجس العين محرم التناول قطعا مع انه مما ينتفع به حيث يلقى في الاراضي لاستكثار الريع ولهذا يجوز بيعه كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به وقد مر منا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر **قوله** وعن ابي يوسف انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين اقول لا يذهب عليك ان حق هذه الرواية ان تذكر قبل قوله ولا ينتفع بها بوجه

قال ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيّ منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء **قال** ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل

من الوجوه لانها من شعب جواز بيع هذه الاشربة وقوله ولا ينتفع بها الخ مسئلة مستقلة دخلت في البين كما ترى **قوله** ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رضي شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد واخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وابن عمر كان معروفا بالفقه والزهد بين الصحابة فلا يظن به انه كان يسقي غيره ما لا يشربه او يشرب ما كان حراما كذا في الكافي والشروح اقول ههنا كلام من وجهين احدهما ان تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلافهم فيه ولم تكن الحادثة مما لا تدرك بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرفت في علم الاصول والظاهر ان ما نحن فيه من ذلك القبيل فكيف يصلح ان يكون فعل ابن عمر في الرواية المزبورة دليلا على حل الخليطين وثانيهما ان قول ابن زياد ما كدت اهتدي الى اهلي يشعر باسكار الشربة التي سقاه ابن عمر اياها والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن ان يجاب عن الثاني بوجهين احدهما ما اشار اليه تاج الشريعة بقوله وانما قال ما كدت اهتدي الى اهلي على سبيل المبالغة في بيان التأثير فيه لا حقيقة السكر فان ذلك لا يحل انتهى وثانيهما ان وجه الاستدلال مجرد سقي ابن عمر ابن زياد تلك الاشربة فانها لو كانت حراما لما اقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على ان يسقيها اياه واما تأثيرها في الشارب بعد ان شرب منها بعضها الى مرتبة الاسكار فليس له حد مقرر اذ هو مختلف باختلاف الطباع والاوقات والمشارب ان يحترز عنه مهما امكن فان وصل الى تلك المرتبة في الرواية المذكورة فانما هو بالغفلة والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقي تأمل تفهم **قوله** وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان اقول هذا التعليل منظور فيه لان مجرد ان لا يدعو قليله الى كثيره لا يقتضي ان لا يشترط الطبخ فيه لاباحته الا يرى ان نبيذ التمر والزبيب مما يشترط الطبخ في اباحته بلا اختلاف مع ان قليل ذلك ايضا لا يدعو الى كثيره كيف ما كان فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر والاظهر في التعليل ههنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها وفي رواية لا يشترط لان حال هذه الاشربة دون نقيع التمر والزبيب فان نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو اصل للخمر شرعا فان اصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط ادنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر فيجب ان لا يشترط ادنى طبخة في هذه الاشربة لنقصان هذه الاشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى **قوله** وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد اقول قد مرت هذه المسئلة مرة اثناء بيان مسئلة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر فالتعرض لها ههنا مرة اخرى يشبه التكرار فلعل المقصود بالذات ههنا ذكر قوله قالوا والاصح انه يحد وما قبله توطئة نعم يتجه ان لو ذكر ايضا هناك قوله قالوا والاصح انه يحد لاستغنى عن الاعادة ههنا بالكلية **قوله** وقد ذكرنا الوجه من قبل قال صاحب الغاية هو اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره وقال ويجوز ان يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يعني ان هذه الاشربة ليست بمتخذة مما هو اصل الخمر فلا يحد السكران منها انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى ما ذكر ان السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك انتهى واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية اولا ونقل ما ذكره ثانيا بقيل ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل اقول يرد على الوجه الاول ان عدم دعاء

قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد رح فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة رح اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه **قال** وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد ومالك والشافعي رح حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رح مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر

القليل الى الكثير جائز فيما سوى الخمر من الاشربة المحرمة فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المص فيما مر حيث قال ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع انه اذا سكر مما سوى الخمر من الاشربة المحرمة يحد بلا خلاف فعلم انه لا تاثير لدعاء القليل الى الكثير في سقوط الحد عن السكران ويرد على الوجه الثاني انه لو كان مراد المص ما يستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يقال لما رويناه كما هو عادته المستمرة في الحوالة على ما مر من السنة ثم ان في كون ذلك المعنى مستفادا من الحديث المذكور خفاء جدا فضلا عن ان يكون مذكورا هناك فاني تيسر الاشارة اليه ههنا بقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل فالوجه هو الوجه الثالث وان اخره صاحب العناية في الذكر كما لا يخفى على من تامل في سياق كلام المصنف وراجع كلمات السلف كشيخ الاسلام وغيره في هذه المسئلة **قوله** قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل اقول تحرير المص ههنا لا يخلو عن ركاكة اذ الظاهر ان مراده بقوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر انه هل يحد في ذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف لان المذكور فيما قبل انما هو قولهما والمص الان بصدد التفريع على ذلك وتكميله فيستدعي هذا ان يكون مدار قوله قيل لا يحد وقوله قالوا والاصح انه يحد على قولهما فلا يناسب في تعليل قوله والاصح انه يحد ان يقال فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل فان محمدا يخالفهما في اصل هذه المسئلة حيث لا يقول بحل المتخذ من الحبوب اذا اشتد وغلا فيجوز ان يقول بوجوب الحد اذا سكر منه واما هما فيقولان بحل ذلك كما تقدم انفا فلا يكون المروي عن محمد حجة في حقهما ولعل هذا ترك صاحب الكافي هذا التعليل واكتفى بما ذكره المص بعده بقوله وهذا لان الفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال وذكر في الهداية ومبسوط شيخ الاسلام باستيجاب الاصح انه يحد لان الفساق يجتمعون في زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الاشربة انتهى **قوله** وعنه انه كره ذلك اقول فيه ضرب اشكال وهو انه قد مر في اول كتاب الكراهية ان كل مكروه حرام عند محمد رح وقوله ههنا وعنه انه كره ذلك بعد ان صرح فيما قبل بانه حرام عند محمد ومالك والشافعي يقتضي المغايرة بين قول محمد بحرمته وبين قوله بكراهته فينافي ما تقرر في اول الكراهية فان قلت نعم ان كل مكروه حرام عند محمد ولكن بحرمة ظنية لا بحرمة قطعية فانه اذا لم يجد نصا قاطعا في حرمة شيء لم يطلق عليه لفظ الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقرر ايضا هناك فيجوز ان يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهة عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في احدهما وظنيتها في الاخرى فلا تنافي بين المقامين قلت لا مجال للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عند كون اجتهاد ابي حنيفة وابي يوسف في حله لان قطعية حرمة الشيء تستلزم ان يكفر مستحلها وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهاد فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ومن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الاشربة الثلثة المحرمة عند ائمتنا اجمع وعند عامة العلماء ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب مع ان اجتهاد الاباحة فيها انما وقع من نحو الاوزاعي وشريك وسائر اصحاب الظواهر فتحقق ان الحرمة المروية عن محمد في حق المثلث العنبي انما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور المغايرة بينها وبين الكراهة على اصل محمد ويمكن ان يقال معنى قولهم ان كل مكروه حرام

ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ

العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطى حكمه

والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ

هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه

حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل

عند محمد ان كل مكروه كراهة التحريم ليس بحرام اصلا عندهما بل الى الحرام اقرب واما المكروه كراهة التنزيه فليس بحرام ولا الى الحرام اقرب عند احد وهذا كله يظهر بمراجعة كتب الاصول فيجوز ان يكون المراد بالكراهة في قول المص ههنا وفيه انه كره ذلك الكراهة التنزيهية وهي مغائرة للحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تامل **قوله** ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب قال في النهاية ولهما ايضا قوله تعالى انما الخمر والميسر الآية بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي الصد عن ذكر الله تعالى وايراث العداوة والبغضاء وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل ولو خلينا وظاهر الآية لقلنا لا يحرم القليل من الخمر ايضا ولكن تركنا قضية ظاهر الآية في قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع فيما عداه فبقي على ظاهر الآية انتهى اقول ينتقض هذا الاستدلال بما عدا الخمر من الاشربة المحرمة الثلثة فان قليلها ايضا حرام عند ائمتنا قاطبة وعند مالك والشافعي واكثر العلماء مع ان المعاني المذكورة في الآية المذكورة لا تحصل بشرب قليلها كما لا يخفى **قوله** خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة اقول الظاهر ان مراده بقوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر قصر التحريم على السكر في غير الخمر على ان يكون الباء داخلة على المقصور كما في قولهم خصصت فلانا بالذكر على ما تقرر في موضعه اذ هو المفيد لمدعاهما ههنا دون العكس كما لا يخفى على ذي مسكة لكن فيه بحث وهو ان الاستدلال على مدعاهما ههنا بهذا الوجه كما يقتضي حل المثلث يقتضي ايضا حل الاشربة المحرمة الثلثة غير الخمر وهذا ظاهر لزوما وبطلانا على ان استفادة قصر التحريم على السكر في غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف المذهب فليتامل **قوله** ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا فان قيل القدح الاخير انما يصير مسكرا بالقدح لا بانفراده فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا قلنا لما وجد السكر بشرب القدح الاخير اضيف الحكم اليه لكونه علة معنى وحكما كذا ذكره جمهور الشراح وتعقبه صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال فيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما اولى والمجموع بهذه الصفة انتهى اقول ان اراد بقوله والمجموع بهذه الصفة ان كل واحد من اجزاء المجموع بهذه الصفة فليس بصحيح اذ لا يخفى ان شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بعلة اسما ولا معنى ولا حكما اذ العلة انما يضاف اليه الحكم والعلة معنى ما يؤثر في الحكم والعلة حكما ما يتصل به الحكم والتفصيل في علم الاصول ولا شك ان شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بصفة من هذه المعاني وان اراد بذلك ان المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لا يقدح في مطلوبنا ههنا اذ لا نكر حرمة مجموع الاقداح من حيث هو مجموع عند اشتماله على القدح المسكر وانما ننكر حرمة ما قبل القدح المسكر بانفراده نعم بقي الكلام في ان اضافة الحكم الى المجموع من حيث هو مجموع اولى ام الى الجزء الاخير وحده والظاهر في بادي الرأي هو الاول لان الجزء الاخير وحده علة معنى وحكما لا اسما على ما هو المشهور في كتب الاصول والحكم انما يضاف الى العلة اسما لكن الفاضل التفتازاني قال في التلويح في مباحث العلة من باب الحكم ذهب المحققون الى ان الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم ويصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير علة اسما ايضا اي كما انه علة معنى وحكما فينتظم امر اضافة الحكم اليه وحده بلا غبار ثم قال صاحب العناية والاولى ان يقال الحرام هو المسكر باطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى اقول ليس هذا شيئ فضلا عن ان يكون اولى

لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثا ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ **قال** ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته **قال** واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء يطرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا

اذ ليس الكلام ههنا في اطلاق لفظ المسكر على شيء وعدم اطلاقه عليه حتى يفيد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شيئا بل انما الكلام ههنا في ان المفسد للعقل هو القدح المسكر اي المزيل للعقل سواء اطلق عليه لفظ المسكر حقيقة ام لا دون غيره من الاقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزيل للعقل لا غير وبالجملة مدار الاستدلال ههنا على المعنى وهو ازالة العقل دون اللفظ فلما ورد السؤال بان القدح الاخير لا يزيل العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الاقداح مدخل ايضا في ازالة العقل فينبغي ان يحرم ايضا لم يفد ان يقال ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم مجازا وعلى القدح الاخير حقيقة شيئا في دفع ذلك السؤال اصلا وانما يمشي ذلك في الجواب عن استدلال الخصم بقوله عليه السلام كل مسكر خمر ومحله قول المص ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة وقصد بعض الفضلاء ان يرد على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير مجاز بلا شبهة فاما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى اقول وهذا ايضا ليس بشيء لان اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير اذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور ان يكون اطلاقه على المجموع حقيقة فان المجموع مشتمل على ما تقدم على القدح الاخير ايضا ولا شك ان اطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه وما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة لان الحقيقة هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس ما وضعت قطعا ولو سلم ان يكون اطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضرنا اذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على القدح الاخير ايضا مسكرا حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الاخير حراما ايضا تامل تقف **قوله** انما يحرم القليل من الخمر لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه اقول فيه كلام وهو ان هذا التقرير يقتضي كون حرمة الخمر معللة وقد صرح فيما مر بان الخمر عنده حرام غير معلول عندنا بشيء لان تعليله خلاف السنة المشهورة وهي قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فكان الذي ينبغي ههنا ان يقال وانما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها الحديث اللهم الا ان يحمل كلام المص ههنا على التنزل الى الزام الخصم بان يكون هذا الكلام منه جوابا عن قول الخصم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره فتبصر والحديث الاول غير ثابت على ما بينا قال بعض الفضلاء وكان على المص ان يتعرض للحديثين الاخيرين ولم يفعل كانه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى اقول توجيهه ليس بشيء لان دلالة الحديثين الاخيرين اللذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما اسكر كثيره انما هي بطريق العبارة ودلالة ما رواه المص من قبل ابي حنيفة وابي يوسف على حل قليل ذلك انما هي بطريق الاشارة او الاقتضاء وقد تقرر في كتب الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص واقتضائه عند التعارض فان اراد ذلك القائل بمعارضة ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساقط وهي المعارضة بدون الرجحان في احد الجانبين فليس بصحيح وان اراد بها المعارضة مع الرجحان في جانب الحديثين اللذين رواهما الخصم فليس بمفيد بل مخل كما لا يخفى **قوله** لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب قال الشراح اي على القطع والثبات وقال بعض الفضلاء فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة انتهى اقول مدار هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح فان مرادهم بقولهم اي على القطع والثبات تقييد المنفي في قول المص فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب لا تقييد النفي فالمعنى ان ذهاب ثلثي ماء العنب على القطع والثبات لا يكون لان ذهاب ثلثي ماء العنب لا يكون على القطع والثبات ومعنى له

٦٠ وهو يصدق على الاجزاء الموضوعة لما وضعت له قطعا بلا نزاع

قال ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبرة دابة ولا ان يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميتة ولو القى الدردي في الخل لا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليها لا عكسه لما قلنا **قال** ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي رح يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه **فصل في طبخ العصير** والاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير

ان ذهابها القطعي لم يثبت لان عدم ذهابها قطعي فما لم يثبت ذهابها على القطع والثبات بل احتمل ان يكون الذاهب اقل منهما بان يذهب الماء اولا لطافته قلنا بحرمة شرب ذلك العصير احتياطا بناء على ان الحرمة تثبت بالشبهة فلا محل للبحث المذكور والفرق بين تعلق القيد بالنفي وبين تعلقه بالمنفي في امثال هذا المقام اصل كثير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك القائل **قوله** ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله او بين التمر والزبيب نظر لان ماء الزبيب كماء التمر يكتفى فيها بادنى طبخة وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد انتهى اقول وقول القدوري بعده ولا باس بالخليطين اظهر في ترويج نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذ لقائل ان يقول يجوز ان يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الحل في الثاني الحل في الاول وقد تشبث صاحب الغاية في ترويج نظره بقول القدوري الاول ولم يتعرض بقوله الثاني وكان صاحب الكافي فهم ركاكة فيما ذكره المص ههنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية فقال ولو جمع بالطبخ بين العنب والتمر او بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويحتمل ان يقع لفظ التمر في قول المص او بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهوا من نفس المص او من الناسخ الاول الا انه يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره ههنا عن افادة المدعى في الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل قط ثم اعلم ان تاج الشريعة وجه ما وقع في نسخ الهداية ههنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يتاتى في التمر والزبيب على ما قال في المختصر انه يكتفى فيهما بادنى طبخة قلت ان هذا على ما روى هشام في النوادر عن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى واقتفى اثره العيني قلت ويؤيده ما ذكر في الفصل الثاني من كتاب الاشربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب ادنى طبخة فهو النبيذ يحل شربه ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رح في ظاهر الرواية يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعي رح لا يحل وروى هشام في نوادره عن ابي حنيفة وابي يوسف انه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل انتهى

فصل في طبخ العصير قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من اسباب منعه عن التخمر الحقه بالاشربة تعليلا لا الحاقا هو حلال على حلة وقال بعضهم لما ذكر فيما تقدم ان العصير لا يحل ما لم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصير الى ان يذهب ثلثاه **قوله** لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما كان جعل كان العصير تسعة فيكون ثلثها ثلثة اقول فيه شيء وهو ان وجه جعل العصير تسعة دوارق على تقدير ان يكون الذاهب زبدا هو العصير غير ظاهر اذ لا يكون ح فرق بين الذاهب زبدا من عشرة دوارق وبين الباقي منها في كونها عصيرا فاذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذاهب زبدا في حكم العدم بلا امر يوجبه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها ايضا في حكم العدم عند ذهابه بالطبخ والاظهر في تعليل هذا الاصل ان يقال لان الذي يذهب زبدا جعل كان لم يكن لان الزبد ليس بعصير فصار كما لو صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ويفصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلا عن اصل محمد رحمه الله حيث قال قال محمد في الاصل عشرة دوارق

وان كان انما يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثها فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلى ثلثاه وبيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلى بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال وبيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق منه ثلاثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل ولها طرق اخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل والله اعلم بالصواب

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا

وعصير يصب في قدر ثم يطبخ فتغلى وتقذف بالزبد فيجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق ثم يطبخ الباقي حتى يبقى ثلثه ودورق وهو ثلث الباقي بعد الدورق الذي اخذه منه وذلك لان ما اخذ من الدورق زبد فجعل كانه لم يكن لان الزبد ليس بعصير واذا لم يكن الزبد عصيرا يعتبر بما لو كان صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصير وهي تسعة دوارق فكذلك هذا الى هنا لفظه قوله وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل

قلت فيه ايهام لطيف لكتابيه المسمى احدهما بكفاية المنتهي والاخر بالهداية

كتاب الصيد

قال صاحب غاية البيان مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور والنشاط في الآدمي الا ان السرور في الاشربة المباحة اكثر لانه بامر يدخل في الباطن والسرور في الصيد بامر خارجي فكان الاول اقوى وصار بالتقديم اولى انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلان وضع كتاب الاشربة لبيان الاشربة المحرمة دون الاشربة المباحة والا لذكر فيه كل اشربة مباحة على التفصيل مع ان ما لم يذكر فيه من الاشربة المباحة الا نبذ قليل له مناسبة مع بعض الاشربة المحرمة في وجه ما حتى وقع لاجله الخلاف من بعض العلماء في حله على انهم صرحوا في اول كتاب الاشربة بان الاشربة جمع شراب والشراب عند اهل الشرع اسم لما هو حرام من المائعات فما معنى قوله ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور واما ثانيا فلان ما ذكره ههنا لا يناسب ما ذكره في اول كتاب الاشربة فانه قال هناك ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها الحرام كالخمر انتهى فقد جعل هناك وجه تأخير الاشربة عن الشرب حرمتها وجعل ههنا وجه مناسبتها بالصيد اباحتها مع ايراث السرور فبين كلاميه في المقامين تناف لا يخفى فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة وفي تقديم الاشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الاخر فراجعها قوله الصيد هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد يعني ان الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو اخذ الصيد كالاحتطاب هو اخذ الحطب ثم يراد به ما يصاد مجازا اطلاقا لاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الآدمي باصل الخلقة ماكولا كان او غير ماكول كذا في غاية البيان قال في الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرطا خمسة في الصياد وهو ان يكون من اهل الذكوة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عمدا وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل وخمسة في الكلب منها ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا ياكل منه وخمسة في الصيد منها ان لا يكون متقويا بانيابه او بمخلبه والا يكون من الحشرات الا يكون من بنات الماء سوى السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او قوائمه وان يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه انتهى وذكرت هذه الشروط في النهاية وغاية البيان ايضا نقلا عن الخلاصة وذكرها صاحب العناية ايضا وقال كذا في النهاية ناسبا الى الخلاصة وقدح بعض الفضلاء في واحد من تلك الشروط حيث قال قوله وان يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه مستدرك بعد قوله وان يقتله جرحا انتهى اقول لا استدراك فيه لان الشرط الذي اريد بقوله وان يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا فانه لا يحل الكلب كما ستقف عليه وكذا الشرط الذي اريد بقوله او يموت بهذا قبل ان يوصل الى ذبحه ليس مجرد موته بل ...

ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسكه على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح قال يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته

قبل ان يوصل الى ذبحه اذ لو مات بذلك بعد ان يصل المرسل الى ذبحه لم يحل اكله ان لم يذبحه المرسل كما ستعرفه ايضا ولا شك ان اشتراط ان تقتله الكلب جرحا لا يغني عن اشتراط ان يموت الصيد بجرح الكلب قبل ان يصل المرسل الى ذبحه لجواز ان تقتله الكلب جرحا بعد ان يصل المرسل الى ذبحه فلا يحل اكله فلا بد من بيان الشرط الاخر ايضا على الاستقلال وطعن صاحب العناية في جملة ما نقل عن الخلاصة حيث قال فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غير على انه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل لكن ادركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فانه صيد وهو حلال انتهى اقول يمكن ان يعتذر عما ذكره في علاوته بان الكلام في شرائط حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه المصطاد حيا بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب والبازي والرمي وصار مذبوحا بالذبح الاضطراري وما ادركه حيا فذبحه لا يكون صيدا محضا بل يصير ملحقا بسائر ما يذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب حيث قال فيه تسامح بل شرط حل الصيد اقول الظاهر ان مراد صاحب العناية بالاصطياد في قوله لان هذا شرط الاصطياد للاكل هو الاصطياد الشرعي وهو ما كان حلالا فيؤول معنى قوله شرط الاصطياد الى شرط حل الصيد فان عد هذا تسامحا فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد ولا يبالي بمثله بخلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة فانه راجع الى المعنى تدبر تفهم ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علاوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه الة غيره فتامل انتهى اقول لا يذهب عليك ان كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان فانه لا وجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من انواع الصيد وترك بيان شرائط سائر انواعه بلا ضرورة داعية اليه **قوله** ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما مد التحريم الى غاية فاقتضى الاباحة فيما وراء تلك الغاية كذا قالوا واعترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة انتهى اقول لا نسلم ان مفهوم الغاية ليس بحجة بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بصدد بيان المخلص لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن

فصل في الجوارح قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لان آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جماد وللحيوان فضل على الجماد والفاضل يقدم على المفضول كذا في الشروح **قوله** وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكوته قال صاحب العناية انما اورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اي فيما سوى المعلم من ذي الناب والمخلب فان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفي جميعا انتهى اقول فيه شيء اذ قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق فرواية القدوري ايضا تدل على اثبات جواز الاصطياد بما ذكر ونفي جوازه بما سوى ذلك فلم يتم قوله ان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير اللهم الا ان يكون مراده ان رواية القدوري تدل بمنطوقها على الاثبات لا غير وان دلت بمفهومها على النفي ايضا واما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الاثبات

والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين

والنفي معا لكن الظاهر في ايراد رواية الجامع الصغير فيه كلمة نفي كما لا يخفى قال جماعة من الشراح انما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لا باس مع ثبوت
اباحة الاصطياد بالكتاب لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير والاسد والذئب والنص اذا خص منه البعض يصير
ظنيا فتتمكن فيه الشبهة كما عرف في الاصول فلذلك ذكر بلفظ لا باس انتهى اقول فيه نظر لان الخنزير مخصوص من النص المذكور بالعقل لانه نجس العين
والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس وقد عرف في علم الاصول ان النص الذي خص منه شيء بالعقل لا يصير ظنيا بل يكون قطعيا لكونه في حكم الاستثناء
وقد اشار اليه المصنف بقوله فيما بعد والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به واما الاسد والذئب فليسا بداخلين راسا في النص المذكور لانهم
صرحوا بان الاسد والذئب لا يصلحان للتعليم لانهما لا يعملان للغير فلم يدخلا تحت قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ولا يخفى ان تخصيص شيء من شيء فرع
دخوله فيه اولا فاذا لم يدخلا في النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه ولئن سلم كل من تلك الثلاثة مخصوصا من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد
منها منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظنيا اذ قد تقرر في علم الاصول ان العام الذي اخرج منه البعض بكلام مستقل
انما يصير ظنيا اذا كان المخرج موصولا بذلك واما اذا لم يكن موصولا به فيكون قطعيا في الباقي ويطلق على مثل هذا الاخراج في عرف اهل الاصول
النسخ دون التخصيص ولا شك ان مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنيا لا محالة تبصر **قوله والاصل
فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين** وذلك لانه عطف على الطيبات في قوله تعالى قل احل لكم الطيبات اي احل لكم الطيبات وصيد
ما علمتم من الجوارح فحذف المضاف كذا في الكافي والشروح قال صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم
والجواب ان ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى قل احل لكم الطيبات جواب عن قوله تعالى يسألونك ماذا احل
لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارنا له لم يكن ذكره على ما ينبغي انتهى اقول نظره فاسد وجوابه كاسد اما الاول فلان اشتراك المعطوف
مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لا محالة مقرر في علم النحو بلا ارتياب فيلزم في الآية المذكورة الاشتراك في حكم الاحلال ضرورة
وقول الاصوليين القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ليس بانكار لمثل هذه القاعدة المقررة في علم النحو بل معناه ان مجرد المقارنة في
النظم لا يوجب المقارنة في الحكم بدون ان يتحقق امر مقتضي للمقارنة في الحكم ايضا وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف واما الثاني فلان
للسائل ان يقول بما يلزم من ان لا يكون ما علمتم من الجوارح مقارنا لاحل لكم الطيبات ان لا يكون ذكره على ما ينبغي ولو كان وما علمتم من
الجوارح داخلا تحت جواب قوله تعالى يسألونك ماذا احل لهم ومن يقول ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كيف يسلم ذلك بل يقول
يجوز ان يكون جواب ذلك قل احل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاما مستقلا مسوقا لبيان حكم جديد ولافادة فائدة اخرى ثم قال
صاحب العناية ويجوز ان يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه اولى
انتهى اقول في تفريع قوله فالحمل عليه اولى خلل لان الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالتفسير الاول بل على الاستدلال به على مسئلتنا
هذه ولا يخفى ان تعيين معنى الآية وترجيح احد محتمليها لا يتوقف على تمام الاستدلال بها بل الامر بالعكس فما معنى تفريع قوله فالحمل عليه اولى

والجوارح الكواسب في تأويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف انه استثنى
من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بعضهم الحدأة به لخساستها والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم
لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسك عليه **قال** وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث
مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو ماثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعلم ترك
ما هو مالوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعلمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعلمه ترك مالوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلثا
وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار
وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلث فقدر بها وعند ابي حنيفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعلم ما لم يغلب على ظن الصائد
انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير
معلما بعد تمام الثلث وقبل التعلم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعلمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن
اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة **قال** واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه
ولان الكلب او البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه
وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال

على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور **قوله** والجوارح الكواسب في تاويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما رويناه من حديث
عدي بعض قال صاحب العناية واستدل المص على صحة التاويل بعموم حديث عدي بن حاتم اقول لا صحة لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذي مسكة
ان ليس مقصود المص بيان صحة تاويل دون تاويل آخر اذ لا تنافي بين التاويلين كما سيجيء في الكتاب وايضا عموم حديث عدي لا ينافي
التاويل الآخر وهو ان يكون الجوارح هي التي تخرج من الجارحة بل يوافقه ايضا فما معنى الاستدلال بعمومه على صحة تاويل دون آخر فالظاهر
ان مراد المص بقوله دل عليه ما رويناه من حديث عدي انما هو الاستدلال على تناول ما في الآية الكل بحديث عدي بن حاتم فالمعنى دل على
تناول الكل ما رويناه من حديث عدي وبينه بقوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لكن بقي شيء في كلام المص وهو ان المدعى
جواز الاصطياد بكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فالمراد بالتناول في قوله فيتناول الكل بعمومه انما هو التناول
لكل ما في المدعى ولا يخفى ان حديث عدي لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول جوارح السباع على تقدير ان يراد بالكلب المذكور
فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف **قوله** لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال اقول فيه نوع
شبهة لان كون ما تلاه من الآية ناطقا بالتعليم وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالارسال مما لا كلام فيه واما كون ما تلاه من الآية
ناطقا باشتراط التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعى ههنا وباشتراط الارسال ايضا فليس بظاهر ونهاية
ما يدل على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا في الادلة الشرعية كما عرف **قوله** ولان آية التعليم ترك ما هو مالوفه عادة والبازي
متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه واما الكلب فهو الوف عادة يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مالوفه وهو الاكل والاستلاب قال صاحب النهاية
ولكن هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول كذا في المبسوط انتهى واقتفى اثره
صاحب الكفاية ومعراج الدراية وزعم صاحب العناية انه ليس بوارد حيث قال وفيه نظر لان هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه متوحش
كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا اريد الفرق
عموما فالمعتمد هو الاول الى ههنا لفظه اقول ما قاله عذر بارد وتوجيه كاسد لان اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المص فيما مر آنفا
والظاهر ان المراد بالكلب في المدعى ههنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص والا يلزم ان يترك بيان حال تعليم سائر السباع
بالكلية والمراد في التعليل ايضا هو الفرق عموما والذي يفيد الفرق عموما هو التعليل الاول دون الثاني فالمعتمد هو الاول كما ذكر في
عامة المعتبرات حتى المبسوط ثم ان بعض الفضلاء بعد ان تنبه لما فيما قاله صاحب العناية من الركاكة قال ولعل الاولى ان يجاب بانه
لما كانت ذوات الناب كلا جنسا واحدا وكان اكثر ما يستعمل منها في الصيد [illegible] فاسمع ان في طبع غيره الالف ايضا على ما تراه في الدب
والاسد وغيرهما اذا ربي من صغره في البيت بخلاف جوارح الطير جعل الكلب في حكم واحد في التعليم يعني ادير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيرا
كما في نظائره فليتامل انتهى اقول ليس هذا ايضا بسديد اذ بعد ما تقرر ان الفهد والنمر مما لا يتاتى فيه الالف بل هما متوحشان كالبازي

وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول وجوابه ما قلنا **قال** فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك وعلى الشافعي رحمه الله في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم ياكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بان لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان تركه الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم ياكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي

لا يكون جميع انواع الكلب كلها في حكم واحد وادارة حكم التعليل على جنس الكلب من باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد اذ يلزم اذ ذاك ان يحمل على المتوحش ما يحمل على الالوف وهو غير ميسر لا محالة ثم اقول بقي شيء في التعليل الاول ايضا وهو انه قد ذكر في عامة المعتبرات ان شمس الائمة السرخسي قال ناقلا عن شيخه شمس الائمة الحلواني للفهد خصال ينبغي لكل عاقل ان ياخذ ذلك منه وعد منها انه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا اكل من الصيد فيتعلم بذلك فقد ظهر منه ان تحمل بدن الفهد للضرب لا يجدي شيئا في حق تعليمه وقد كان مدار الفرق بين البازي والكلب في التعليل الاول هو ان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيرد عليه ان مجرد احتمال بدن الكلب الضرب لا يفيد المدعى في حق الفهد اذ هو غير موثر في حق تعليمه فتامل **قوله** وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وذلك لان النص اذا ورد وفيه اختلاف المعاني فان كان بينهما تناف يثبت احدهما بدليل يوجب ترجيحه لا الجميع وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع اخذا بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لا تنافي بينهما فكذا ههنا لا تنافي بين الكسب والجراحة كذا في عامة الشروح قال صاحب النهاية فاقول على ما قالوا يلزمه عموم المشترك في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال فيه نظر لان الجرح اما ان يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة او يكون حقيقة في احدهما مجازا في الآخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطي الى هنا كلامه اقول يمكن الجواب عنه بان مراد المص من قوله يحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه انه يجمع في الاعتبار والعمل بين كلا محتملي النص المذكور من التاويلين لعدم التنافي بينهما وفيه اخذ بالمتيقن اذ يوجد في المجموع كل واحد منهما فاي منهما يراد في النظم الشريف كان ماخوذا في الاعتبار والعمل وليس مراده ان كلا التاويلين يرادان من لفظ النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الاثبات او الجمع بين الحقيقة والمجاز وصاحب العناية لم يزعم ان مرادهم هو الثاني قال في تفسير قول المص فيحمل على الجارح الكاسب يعني يجمع في معنى الآية بين التاويلين وكان حق التفسير ان يقال يعني يجمع في الاعتبار والعمل بين التاويلين كما نبهت عليه آنفا وقال صاحب معراج الدراية ههنا فان قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز او عموم المشترك لان الجوارح اما ان تكون حقيقة في الكواسب او مجازا قلنا لا كذلك بل الجوارح اخص من الكواسب فلو كان المراد الكواسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى اقول جوابه ليس بسديد لان كون الجوارح اخص من الكواسب لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السؤال اذ لا شك ان مفهوم الاخص يغاير مفهوم الاعم والا يلزم ان يكون الشيء اخص من نفسه وهو ظاهر البطلان ولا ريب ان اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان احدهما اخص من الآخر ام لا الا بطريق الاشتراك او بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم احد المحذورين المذكورين في السؤال قطعا على تقدير ارادتهما معا من لفظ واحد **قوله** وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي اقول في كلامه هذا ركاكة لان ضمير هو في قوله وهو مؤيد ان كان

لانه لم يبق صيداً فصار كما اذا القى اليه طعاماً غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم ياكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلاً ممسكاً لنفسه ولان نهس البضعة قد يكون لياكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله **قال** وان ادرك المرسل الصيد حياً وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه يحل وهو قول الشافعي رح لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتباراً لانه ثبتت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكماً الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلاً وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن بضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافاً للشافعي رح لانه اذا وقع في يده لم يبق صيداً فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رح لا يؤكل ايضاً لانه وقع في يده حياً فلا يحل الا بذكاة الاختيار رداً الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى وهذا الذي ذكرناه اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة رح وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقاً من غير فصل وعند ابي يوسف رح اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح

راجعا الى الفرق كما هو الظاهر من اسلوب تحريره ير وعليه ان حديث عدي لا يفيد الفرق المذكور اصلا فانه انما يدل على ان لا يوكل ما اكل منه الكلب ولا يدل على ان لا يوكل ما اكل منه البازي وافادة الفرق انما تكون بالدلالة عليهما معا وان كان راجعا الى مضمون قوله فان اكل منه الكلب والفهد لم يوكل كان حق قوله وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي ان يذكر عقيب قوله فان اكل منه الكلب او الفهد لم يوكل ولما وسط بينهما قوله وان اكل منه البازي اكل وقوله والفرق ما بيناه في دلالة التعليم كان الكلام قلقا كما لا يخفى **قوله** وهو حجة على مالك وعلى الشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه فان قيل روى ابو ثعلبة الخشني رض انه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان اكل منه وذلك دليل واضح اجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا يوكل منه وحين اكل منه دل انه امسك على نفسه كذا في العناية اخذا من النهاية اقول يرد على هذا الجواب ان قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم انما يدل على اباحة اكل ما لم ياكل منه الكلب لا يدل على عدم اباحة اكل ما اكل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف في علم الاصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم حتى يلزم ان يترك العمل بالحديث لكونه خبر واحد لا يقال يحصل بهذا الجواب الزام الشافعي لان مفهوم المخالفة حجة عنده وهذا القدر كاف في صحة الجواب لانا نقول لا يحصل الزامه ايضا لان من يقول بكون المفهوم حجة لا ينكر كون المنطوق اقوى منه فلا يتحقق حكم التعارض عنده ايضا والحق عندي في الجواب عن اصل السؤال ان يقال حديث ابي ثعلبة معارض بحديث عدي وحديث عدي مرجح على حديث ابي ثعلبة لان حديثه يحل ما اكل منه الكلب وحديث عدي يحرمه وقد عرف في اصول الفقه ان المحرم يرجح على المحل عند التعارض فيجعل ناسخا له فوجب العمل بحديث عدي دون حديث ابي ثعلبة **قوله** ولا بما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بينا في الابتداء قال صاحب العناية اراد ما ذكر انه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ اقول في تفسير مراد المص بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح لان فيما ذكره المص بقوله يحل عنده ما اصطاده ثالثا الى آخره روايتين لا غير رواية عن ابي حنيفة وهي حل ما اصطاده ثالثا ورواية عن ابي يوسف ومحمد وهي عدم حل ذلك وقد قال المص ههنا على اختلاف الروايات كما بينا بصيغة الجمع فكيف يتصور ان يكون مراده ما ذهب اليه الشارح المذكور والصواب ان مراد المص بقوله ههنا على اختلاف الروايات كما بينا في الابتداء هو الاشارة الى ما ذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة الى آخر ما ذكره في تلك المسألة فحينئذ تتحقق الروايات وتستقيم صيغة الجمع كما لا يخفى **قوله** هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى اقول الظاهر مما ذكره بعد هذا القول ولان فيما احرزه الخ ان يكون المذكور دليلا تاما لهما فيرد عليه انه لو تم لدل على ان لا تثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز في المفازة ايضا لجريان هذا الدليل في ذلك ايضا مع انه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما صرح به المص من قبل فتامل **قوله** وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته قال صاحب العناية وطولب في الفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه واكل وبين ما اكل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج عن الصيدية باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا بقتله واجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى اخذه صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه

وقال محمد رح ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو اخذه فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل له لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم تكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة رح ذكاته الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك رح لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فتكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احداهما فوق الاخرى وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى تستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكن لما بينا في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدرى ارسله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه **قال** وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة رح انه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق **قال** وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعل الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فأخذه وقتله لا بأس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما **قال** واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب

وانتهاره شر منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء واما اذا اكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه انتهى كلامه اقول هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لان حاصلها نقض ما ذكره المص في تعليل مسئلة الوثبة من انه ما اكل من الصيد بما اذا اكل بعد ما قتل فان ذلك التعليل متمش في صورة القتل ايضا اذ الصيد كما يخرج عن الصيدية باخذ صاحبه يخرج ايضا بقتله فلم يتحقق الاكل من الصيد في الصورتين معا مع انهما مفترقان في الحكم وحاصل الجواب المذكور بيان فرق بينهما من جهة اخرى غير ما ذكره المص في التعليل ولا يذهب عليك ان ذلك لا يدفع ورود المطالبة المذكورة على ما ذكره المص في التعليل ولقد احسن صاحب النهاية ههنا في التقرير حيث قال فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا اكل الكلب من الصيد بعد ان قتله قبل ان يأخذه الصائد حيث لا يؤكل وفي هذه الصورة وهي ما اكل منه بالوثبة بعد اخذ الصائد يؤكل وتعليل الكتاب ههنا بقوله لانه ما اكل من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افترقا في الحكم والاوجه فيه هو ان الفرق انما ينشأ بينهما من حيث وجود الامساك لصاحبه وعدم الامساك له فههنا اي في مسئلة الوثبة لما لم يأكل من الصيد الى ان اخذه صاحبه ثم امساكه على صاحبه وهناك لما اكل من الصيد بعد قتله قبل ان يأخذه صاحبه علم انه انما امسكه لنفسه لا لصاحبه فخرج به من ان يكون معلما انتهى فانه طعن في التعليل المذكور في الكتاب بشموله للصورتين مع افتراقهما في الحكم وبين وجها آخر فارقا بينهما وعده اوجه لكونه سالما عن ورود المطالبة بالفرق بينهما ثم اقول التحقيق ان المطالبة بالفرق بين تينك المسئلتين ساقطة عما ذكر في الكتاب ايضا لان المص تدارك دفعها بقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه لقيت فيه جهة الصيدية فان وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشراح هو ان الصيد اسم لمتوحش غير محرز فقد زال التوحش بالقتل وبقي عدم الاحراز قبل ان يحرزه المالك فما بقي شيء من آثار الصيد ولوازمه يبقى حكم الصيدية فيه فظهر الفرق بين مسئلة الوثبة وبين ما اذا اكله بعد ان قتله قبل ان يأخذه الصائد تامل ترشد وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم اعلم ان قوله وان ادرك المرسل الى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في مختصره وقوله وكذا البازي والسهم زيادة من المص فاقول هذه الزيادة من المص ههنا امر زائد مستغنى عنه جدا عندي اما قوله وكذا البازي فظاهر لان قول القدوري وان ادرك المرسل الصيد حيا يتناول صيد الكلب وصيد البازي وليس فيه شيء يقتضي اختصاصه بالاول فلا حاجة الى ذكر قوله وكذا البازي بل لا وجه واما قوله والسهم فلان حكم مسئلة السهم سيجيء في باب الرمي مفصلا لا يرى الى قوله هناك اذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات وان ادركه حيا ذكاه انتهى فلا حاجة الى بيانه ههنا **قوله** وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه قال صاحب النهاية والكفاية اراد بقوله ما قررناه قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية اشار بذلك الى قوله لانه ميت حكما اقول الحق ما قاله الشارحان الاخيران لان قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل الحل اكل ما شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يفرق احد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبوح وبين ما لا يعيش فوق ذلك بل جعلوا كليهما مما بقي فيه اضطراب المذبوح وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما وقوله لانه لا معتبر بهذه الحيوة تعليل الحكم احدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فكيف يتم ان يريد بقوله

ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه **قال** ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما قلنا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد خروجه عن الصيدية بجرح الكلب الاول **فصل في الرمي** ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه **قال** فان ادركه حيا ذكاه وقد بيناها بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده

في ذيل هذا التعليل على ما قررناه مانعيها معا بخلاف قوله لانه ميت حكما لانه تعليل لحل اكل ما بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لا فرق ما بقي في المذبوح وما لا يبقى فيه من الحيوة فوق ما يبقى في المذبوح مما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فتنتظم الاشارة اليه ههنا بقولي على ما قررناه تدبر تفهم **قوله** ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال بعض الفضلاء لك ان تقول لا تمس الحاجة الى الدفع بل تكفي المشاركة في اثبات الحرمة او شبهها انتهى اقول ليس هذا بوارد لان الارسال اصل والزجر تبع والتبع لا يعد مشاركا للاصل في ترتب الحكم وقد اشار اليه المص في تعليل المسألة السابقة حيث قال لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع انتهى ولئن سلم مشاركة الزجر للارسال فلا نم كفاية مجرد المشاركة في اثبات الحرمة او شبهها بل لا بد من ان يكون اللاحق وهو الزجر ههنا اقوى من السابق او مساويا له حتى يرفع به السابق واما اذا كان ادنى منه فلا تاثير له في الحكم وقد اشار اليه المص في تعليل المسألة اللاحقة حيث قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل انتهى قال في العناية ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء واجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه اوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى اقول لقائل ان يقول ان هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقويه فانه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على ان القياس يترك بالنص وهذا لا يقدح في كلية الاصل المذكور المبني على القياس تفكر **قوله** وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر مثل الانفلات قال جمهور الشراح يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال انتهى اقول ليس هذا الشرح سديدا عندي اذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون الفعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعا بما هو مشروط في حله او بما هو مثله بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه في القوة او بما هو مثله فيها كما في نسخ الآي فالوجه ههنا ان يقال يعني ان الزجر مثل الانفلات في القوة والضعف وتعليل المص اياه بقوله لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر

فصل في الرمي لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية وقد مر وجه تقديم الاول **قوله** والظبي الموثق بمنزلته قال اكثر الشراح منهم صاحب العناية اي بمنزلة الآدمي اقول هذا التفسير ليس بسديد اذ الظاهر ان الظبي الموثق بمنزلة الحيوان الاهلي دون الآدمي اذ لا مناسبة بين الانسان والحيوان بخلاف الحيوانين فان قلت المراد بكون الظبي الموثق بمنزلة الآدمي مجرد كونه غير صيد كالآدمي لا الاشتراك في جميع الاوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الآدمي قلت لو كان مراد المص هذا المعنى لما قال والطير الداجن الذي يأوي البيوت والظبي الموثق بمنزلته اذ لا فرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته علم ان المراد ليس مجرد ان لا يكون صيدا بل الاشتراك في بعض الاحوال ايضا فالوجه في تفسير قول المص والظبي

قال وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً أكل وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الأرض قتلته ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لأن الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله في قوله إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل فإذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرماً بخلاف وهم الهوام والجواب في إرسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه قال وإذا رمى صيداً فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض لم يؤكل لأنه المتردية وهو حرام بالنص ولأنه احتمل الموت بغير الرمي إذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك وإن وقع على الأرض ابتداء أكل لأنه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لأنه يمكن التحرز عنه فصار الأصل أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطاً وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لأن التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على جبل فتردى من موضع إلى موضع حتى تردى إلى الأرض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حد هذه الأشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد رحمه الله وحمله شمس الأئمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المطلق المروي في الأصل على غير حالة الانشقاق وحمل المطلق في الأصل على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا أصح وإن كان الطير مائياً فإن كانت الجراحة لم تنغمس في الماء أكل وإن انغمست لا يؤكل كما إذا وقع في الماء قال وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وإن جرحه يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما أصاب بحده فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل ولأنه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال ولا يؤكل ما أصابته البندقة فمات بها لأنها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض إذا لم يخزق وكذلك إن رماه بحجر وكذا إن جرحه قالوا تأويله إذا كان ثقيلاً وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله وإن كان الحجر خفيفاً وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفاً وجعله طويلاً كالسهم وبه حدة فإنه يحل لأنه قتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعاً لا يحل لأنه قتله دقاً وكذا إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه لأن العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك أو لعله مات قبل قطع الأوداج ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لأنه يقتله ثقلاً لا جرحاً اللهم إلا إذا كان له حدة يبضع بضعاً فحينئذ لا بأس به لأنه بمنزلة السيف والرمح والأصل في هذه المسائل أن الموت إذا كان مضافاً إلى الجرح بيقين كان الصيد حلالاً وإذا كان مضافاً إلى الثقل بيقين كان حراماً وإن وقع الشك ولا يدري مات بالجرح أو بالثقل كان حراماً احتياطاً وإن رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحده فجرحه حل وإن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل لأنه قتله دقاً والحد بنفسه غير مقصود وكذا إذا رماه فجرحه ومات بالجرح إن كان الجرح مدمياً يحل بالاتفاق وإن لم يكن مدمياً فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لأن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم

الموثوق بمنزلته ما ذكره صاحب الغاية حيث قال أي الظبي المقيد بمنزلة الطير الداجن الذي يأوي البيوت انتهى **قوله** وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً أكل وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل قال الزيلعي في شرح الكنز وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنه كل ما أصميت ودع ما أنميت والإصماء ما رأيته والإنماء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وإن لم يقعد عن طلبه انتهى أقول ليس الأمر كما زعمه الزيلعي فإن الإمام قاضيخان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التواري عن بصره بخصوصه بل جعل من شرط ذلك أحد الأمرين عدم التواري عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعني الشرط السابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنه كل ما أصميت ودع ما أنميت والإصماء ما رأيته والإنماء ما توارى عنك انتهى ولا شك أن قوله والسابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التواري عن بصره إذا لم يقعد عن طلبه بل إنما يحرم بالتواري عن بصره والقعود عن طلبه معاً وأما قوله لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل فالظاهر أن المراد به أنه إذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه وأما إذا لم يقعد عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم إمكان التحرز عن تواري الصيد عن بصر الرامي فكان في اعتبار عدم التواري مطلقاً حرج عظيم والحرج مدفوع بالنص وقد أشار إليه المصنف بقوله إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله وذكر في الشروح والكافي أنه صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه إليه فقال عليه السلام دعوه فسيأتي صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمها بين الرفاق **قوله** وإن وقع على الأرض ابتداء أكل قال في العناية أخذاً من النهاية يعني إذا لم يكن على الأرض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما يجيء انتهى أقول هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية ههنا إذ الظاهر أن الوقوع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة ليس بوقوع على الأرض ولهذا جعل المصنف الأول قسيماً للثاني فيما سيجيء وعد الأول مما يمكن التحرز عنه والثاني مما لا يمكن التحرز عنه فلا يحتمل أن يتناول قوله ههنا وقع على الأرض ابتداء ما وقع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة على ما يجيء **قوله** وإن لم يكن مدمياً فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لأن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ الدم أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه قد تقرر في كتاب الذبائح أن المقصود بالذبح هو إخراج الدم النجس وأن الجرح في أي موضع كان من البدن ذبح اضطراري يصار إليه عند العجز عن الذبح الاختياري وهو الجرح فيما بين اللبة واللحيين وأن في كل من الذبحين إخراج الدم إلا أن الاختياري أعمل فيه من الاضطراري فكون الدم محتبساً لضيق المنفذ أو غلظ الدم لا يقتضي حل أكل المجروح بالرمي بدون الإدماء بل يقتضي حرمته بناء على عدم حصول المقصود بالذبح ويمكن الجواب

وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه **قال** واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي رحمه الله اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حيوة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه فهو ميت الا ان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها يحل لقطع الاوداج ولو ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم ينفصل ان كان يتوهم الالتئام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني **قال** ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانهما من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا **قال** ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل لانه هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذ وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة بها عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء **قال** ولا يحل والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كمله كما اذا قتل عبدا مريضا

بان معنى هذا التعليل ان الدم يتحبس لتضييق المنفذ او غلظ الدم ولا يمكن اخراجه ففي اعتبار الادماء حرج فاكتفي بما هو سببه في الغالب وهو الجرح تامل **قوله** وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار اقول للمانع ان يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الانهار بناء على عدم القول بمفهوم المخالفة تدبر تفهم وتوضيحه مما نسب الى ابي حنيفة حيث قال ... لانه كما شرط الانهار شرط فري الاوداج ايضا وفي ذكاة الاضطرار للعجز عنه ... في اشتراطه ونحوه في الانهار او العجز عن الجرح بالسبب ثم ان الجرح ... منه الانهار في الغالب فلا حرج في اشتراط الانهار على ... البعض فافترقا **قوله** ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة قال الشراح يعني انه ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة اي ابين من الحي حقيقة وحكما اقول المقدمة القائلة ان المطلق ينصرف الى الكامل سائغة في السنة الفقهاء وكتب اصحابنا لكنها مخالفة في الظاهر لما تقرر في علم الاصول من ان حكم المطلق ان يجري على اطلاقه فتامل في التوفيق **قوله** قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه الى اخره اقول للقائل ان يقول تاويل المسالة ههنا بما ذكره لعله ان ... لما مر فيما قبل بقوله وهذا اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد يرى مستدركا لان مجموع التاويلين متعلق بمسالة واحدة مذكورة في مختصر القدوري وهي قوله وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله لم يؤكل والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته انتهى فلما اول المصنف قوله لم يؤكل بما اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد تعين ان يكون ايضا قوله والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته فيما اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد لان قوله والثاني ضامن لقيمته للاول فرع قوله لم يؤكل فما هو شرط في الاصل شرط في الفرع ايضا واذا علم ان الرمي الاول كان بحال ينجو منه الصيد علم ان القتل حصل بالرمي الثاني فلا حاجة الى التاويل الثاني ثم اقول في الجواب ان كون الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد انما يقتضي ان لا يحصل القتل بالرمي الاول فقط ولا يقتضي ان يحصل القتل بالرمي الثاني وحده لجواز ان يحصل من اجتماع الرميين اذ قد يكون في حالة الاجتماع ما لا يكون في حالة الانفراد ومراد المصنف بالتاويل الثاني التقييد بما علم كون القتل حاصلا بالرمي الثاني وحده والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري ولا يفيد التاويل الاول هذا التقييد لان القيد الذي ذكره اولا اعم تحققا من القيد الذي ذكره ثانيا لتناوله صورة ان يحصل القتل من مجموع الرميين كما يتناول صورة ان يحصل بالرمي الثاني وحده وانما المقصود من التاويل الاول الاحتراز عما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح وعما اذا كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر ما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل فلا استدراك اصلا بل اصاب كل من التاويلين محزه

وان علم ان الموت حصل من الجراحتين فكذلك الجواب فى الزيادات يضمن الثانى ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثانى فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية يضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمى الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمى الثانى فهذا بالرمى الثانى افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه ولو كان رماه الاول ثانيا فالجواب فى حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامى غيره فيصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثانى محرم كذا هذا قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق ما تلوناه والصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم شعر

صيد الملوك ارانب وثعالب ۔ واذا ركبت فصيدى الابطال ۔ ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم بالصواب

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشىء باى سبب كان وفى الشريعة جعل الشىء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع بقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روى انه عليه السلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب وهى الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة

كتاب الرهن

مناسبة كتاب الرهن بكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب لتحصيل المال كذا فى الشروح اقول يرد على ظاهر هذا التوجيه ان المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر فى كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا يكون مرجحة لايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب ان المراد ان هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبة المذكورة فى الكتب السابقة واللاحقة يقتضى ايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والا يلزم تقريب تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نبهت على هذه النكتة غير مرة فى نظائر هذا المقام فلا تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانب الدائن والمديون كما فصل فى النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر فى سائر المعاملات من تعلق البقاء بتعاطيه واما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودليل شروعه وحكمه فسيجئ كل ذلك فى الكتاب شيئا فشيئا صريحا واشارة فنذكره فى مواضع ان شاء الله تعالى قوله الرهن فى اللغة حبس الشىء باى سبب كان وفى الشريعة جعل الشىء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وقال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن بقسميه اللازم والافى اذ انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا شك انه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشىء محبوسا بحق الا ان للمعارضة الرجوع عنه لم يقبض المرتهن الرهن بل تقبل للقبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك الا بعد القبض وما اخذ فى التعريف المذكور فى كتاب الرهن انما هو معنى الحبس لا اللزوم فصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه ايضا بلا ريب ثم ان الامام النسفى لما قال فى الكنز حبس شىء بحق يمكن ان استيفاؤه منه لا يدرى قال الزيلعى فى شرحه هذا حده فى الشرع ثم قال وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الممكن استيفاؤه من الرهن بعدم تعينه انتهى اقول فيه نظر لان الظاهر المتبادر من الكاف فى قوله كالمديون ان يجوز الرهن بغير الدين ايضا فان لم يكن فى قوله كالدين اشارة الى جواز الرهن بغير الدين ايضا فلا اقل من ان لا يكون فيه اشارة الى انحصار ما يجوز الرهن به فى الدين فلا وجه لقول الزيلعى وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن ولا يجوز الا بالدين قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول قال فى العناية ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك على وما اشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشائخ انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله انه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان هذا القول منقوض بعقد التبرعات وقال الا ان يخص العقد فى الصغرى بما سوى التبرع اقول ليس لشىء من ايراده وتوجيهه مستقيم اما الاول فلان من المشائخ من يقول بان انعقاد الرهن لا يكون الا بمجموع الايجاب والقبول يقول بان الامر كذلك فى سائر عقد المتبرعات ايضا واختلاف المشائخ فى ان القبول هو ركن كالايجاب ليس يختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات ايضا من العقود كالهبة والصدقة كما مر فى اوائل كتاب الهبة فلا انتقاض لشىء على اصل من يقول من المشائخ بان القبول ركن فى كل عقد وقول القدورى الرهن ينعقد بالايجاب والقبول وتعليل صاحب العناية اياه بقوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب

والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية

والقبول بني على اصل هؤلاء المشائخ واما قول سائر المشائخ فقد ذكره المصنف بقوله قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع وحده قال صاحب العناية في شرحه واما الثاني فلانه لو نص العقد في الصغرى بما سوى التبرع صار المعنى لانه اي الرهن عقد غير متبرع وكل عقد غير تبرع ينعقد بالايجاب والقبول ولا شك ان تفسير الصغرى حينئذ كاذبة اذ لم يقل احد بان عقد الرهن ليس بعقد تبرع بل اطلق كلامه على انه عقد تبرع فلا صحة للتخصيص بما سوى التبرع قالوا الركن بمجرد الايجاب لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فالرهن يتم بالمتبرع اما انه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب فاذا ما ثبت للمرتهن على السيد شيئا عليه ولا نعني بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة وقال فيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا له فيه عند الهلاك والجواب ان المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والركن ليس كذلك انتهى اقول في الجواب بحث لان الراهن ان لم يستوجب شيئا عن المرتهن ابتداء فقد استوجب عليه شيئا في البقاء وهو صيرورة المرتهن مستوفيا لدينه عند الهلاك فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفيا لدينه عند هلاك الرهن في يده معنى لا نعقد بايجاب الراهن وحده بل لا بد ان يتوقف على قبول المرتهن ايضا حتى يتم جعلناه اياه مستوفيا لدينه حكما عند الهلاك كما هو مذهبنا على ما سيجيء تفصيله فليتامل قوله والقبض شرط اللزوم على ما نبينه قال في العناية كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا ويلزم به وهو ايضا اختيار شيخ الاسلام يخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم في الكافي لا يجوز الرهن الغير المقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا معرفا محوزا وقال الكرخي في مختصره وقال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا الى هنا لفظ العناية وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفة ما في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال سبق في كتاب الهبة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتامل انتهى اقول هذا قياس مع الفارق اذ قد دعت الضرورة هناك الى صرف نفي الجواز عن ظاهره اذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالاجماع فحملنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك للموهوب له واما هنا فلا ضرورة في الاحمال المحض على نفي ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب النفي والا لم يستقيم اذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب النفي والاستثناء اذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بحال اصلا فبقي نفي الجواز بحاله على قوله لنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر نظيره قوله تعالى فضرب الرقاب اي فضربوها وقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة اي فليحرروا وفي قوله تعالى فعدة من ايام اخر تقديره فصوموا عدة من ايام اخر اي فيتم عدة من ايام اخر فكان المصدر فيما تلونا ههنا ايضا وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة بمعنى الامر اي فارهنوا وارتهنوا ثم لما كان بمعنى الامر ولم يعمل بموجب الامر الذي هو الوجوب اللزوم في حق نفس الرهن لم يجب الرهن على المديون بالاجماع وجب ان يعمل به في شرطه وهو القبض كما قلنا في قوله عليه الصلوة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم يعمل بالامر في نفس البيع لان البيع مباح غير واجب فصرف الى شرطه وهو المماثلة

لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداءً بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح

فكذا ههنا هذا زبدة ما ذكر في جملة الشروح في شرح هذا المقام ثم ان كثيرا من المشائخ استشكلوا في كلام المص ههنا فقال صاحب النهاية ثم في تسمية الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال هكذا في كتب اللغة ولان قوله مقبوضة بالتانيث دال على انه جمع وليس بمصدر ولكنه يحتمل ان يقال انما قال المصدر نظرا الى الكتاب فقوله لتقريره فرهان مقبوضة فكان المصدر محذوفا فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال والمصدر المقرون بحرف الفاء والرهان اركان مصدر اعلى قول صاحب الكتاب كان ارادة المرهون جائزة كالرهن يراد به المرهون ثم انث المرهون بتاويل الساعة او الديون فقيل مقبوضة بالتانيث كما يؤنث الصوت بتاويل الصيحة لكان وجها ايضا الا في الاول ... والثاني لا يبقى المصدر حقيقة والله اعلم الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب غاية البيان ... صاحب الهداية الرهان مصدر كما ترى وكذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولنا فيه نظر لانه خلاف ما ثبت في قوانين اللغة كالجمهرة وديوان الادب وغيرهما لانهم قالوا الرهان جمع رهن وجمع الرهن رهن ... باب المفاعلة ولكن ليس ذلك مما نحن فيه ولو كان المصدر وهو المراد في الاية لما احتيج في صفة الرهان الى تاء التانيث فانتهى الى هنا لفظه وقال صاحب الكفاية ثم في تسمية الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال وقوله مقبوضة بالتانيث دال على انه جمع وليس بمصدر وانما قال في المصدر المقرون لان تقديره والله اعلم فرهن رهان مقبوضة انتهى وقال صاحب معراج الدراية وفي النهاية في تسمية الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالسفل والسفال هكذا في كتب اللغة ويدل عليه قوله مقبوضة بالتانيث فدل انه جمع لا مصدر وقال وفي الفوائد النافعة يجوز ان يكون الرهان مصدر رهن باب المفاعلة كالقتال والضراب ومقبوضة صفة لمحذوف وهو فرهان مرهونة مقبوضة وانث المرهون بتاويل السلعة والعين كما يؤنث الصوت بتاويل الصيحة ويجوز ان يكون الرهان مصدرا بمعنى المفعول اي المرهون بما ذكرنا ويجوز ان يكون الرهان قائم مقام مصدر محذوف وهو فرهن رهان مقبوضة فيكون مصدر التقدير الا تحقيقا الى هنا كلامه واما صاحب العناية فقال لما استشكلوا من هنا وتعجب منه حيث قال قيل ان الرهن جمع ... وهو جمع رهن ثم قال والجواب عنه انه ... لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير ... كما في سبيل فتنعم انتهى اقول منشا ... هذه الفنون مما ذكر في كتب اللغة وكتب التفاسير لان كون الرهان جمع رهن ... وكونه جمع رهن وكونه بمعنى المصدر ... هو جمع رهن بمعنى المرهون قال في المغرب والرهن المرهون والجمع رهون ورهان ورهن وقال في القاموس الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما اخذ منك الجمع رهان ورهون ورهن بضمتين وقال في الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل حبل وحبال وقال في تفسير القاضي رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون وكذا في سائر التفاسير ثم ان كون اسناد مقبوضة الى ضمير رهان مجازا عقليا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا ضرورة داعية اليه وهي منتفية في الآية المذكورة اذ يصح المعنى ويحصل جدا بحمل الرهان على مبلغ الرهن بمعنى المرهون كما حمل عليه المفسرون ويكون الاسناد اذ ذاك حقيقيا فما معنى المرهون كما حمل عليه ... الاستدلال بتلك الآية على خلاف

قال فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا مميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله **قال** واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي رح هو امانة في يده ولا يسقط شئ من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يُغلَق الرهن قالها ثلثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد اذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قول النبي عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته فالقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم شعر وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان تكون موصلة اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره

ما هو الظاهر وخلاف ما عليه فحول المفسرين ثم ان تمثيله والمجاز في العقل الآدمي وذهب اليه هنا بسبيل منعم قبيح جدا فان المنعم اسم مفعول استعملا لقائل كما عرف في موضعه وليس ما اشار الى المصدر بخلاف ما نحن فيه على ما ذهب اليه فالمناسب للتمثيل ههنا ان يقول كما في شعر شاعر على ما ذكر في كتب علم البلاغة ثم اقول توجيهات التي ذكرت في سائر الشروح الصحيح ما في الكتاب كلها الينا بخلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور المفسرين فالانصاف ان التمسك بمثلها لا يفيد القطع والالزام على الخصم ولكن الاقرب والاشبه عن بينها ان يكون التقدير فرهن رهان مقبوضة على ان يكون المصدر المقرون بالفاتحة وفا كما في قوله تعالى فعدة من ايام آخر فان التقدير فيه فصوم عدة من ايام اخر كما مر تال

قوله ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع قال بعض الفضلاء انه منقوض بصورة الصرف فانه لا فيها من القبض بالبراجم ولا يكفي التخلية مع جريان الدليل الا ان يثبت رواية الاكتفاء بالتخلية فيها وكونه المختار انتهى اقول الجواب ان هذا النقض بين فان التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض في الصرف انما ثبت بالنص وهو قوله عليه السلام يدا بيد كما في محله والقياس يترك بالنص على ما عرف بخلاف ما نحن فيه فانه لم يرد فيه نص يقتضي حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية قولنا فيه يوجب القياس **قوله** وعن ابي يوسف رحمة الله عليه انه لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب الضمان ابتداء بمنزلة الغصب قال صاحب العناية فيه نظر لان القبض بعقد التبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبرع انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لان جهة التبرع في الرهن غير جهة الضمان فيه فان جهة التبرع فيه من حيث انه يجعل محبوسا في يد المرتهن بلا استيجاب دين عليه بمقابلة وذلك جهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث انه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجه فيتقرر عند الهلاك فيصير المرتهن به مستوفيا لدينه كما ستطلع على بيانه والمنافاة بين التبرع والضمان انما تلزم ان لو كان من جهة واحدة وليس فليس والعجب من صاحب العناية انه كيف خفي عليه خط المعنى مع ظهوره مما سياتي في الكتاب من تفصيل ودليلنا المعقول على مسئلة انه اذا سلم الراهن المرهون الى المرتهن دخل في ضمانه

قوله فاذا قبض المرتهن محوزا مفرغا مميزا تم العقد فيه قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة ان المنصوص يعني بيانه وذلك يقتضي الكمال والكمال في القبض هو ان يكون الرهن محوزا مفرغا متميزا فيجب ذلك انتهى اقول لقائل ان يقول هذا البسط والتقرير يقتضي ما لا يثبت القبض بالتخلية في باب الرهن بل يجب ان يضع المرتهن يده حقيقة على المرهون ولا شك ان الكامل في القبض هو الثاني وهذا خلاف ما تقرر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعتبرات لان الرهن مبني على الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا قال في العناية قبل الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب بانه لما دام وثابه ينفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجب فثبت ان اللغة يدل على ابتناء الرهن عن الحبس الدائم انتهى اقول السوال والجواب في الاصل للشريعة لكن الجواب ليس بتام لان قوله اذ لو لم يكن موجبا لذلك دام ينفي ما يعترضه ممنوع فان ما يعترضه اذا كان مناقضا للدوام لزم

ولو کان کذلک [illegible] وجه فقد تقرر بالهلاک فلو استوفاه ثانیا یودی الی الربوا بخلاف حالة القیام لانه ینتقض هذا الاستیفاء بالرد علی الراهن فلا یتکرر [illegible]
ولا وجه [illegible] استیفاء الباقی بدونه لانه لا یتصور والاستیفاء یقع بالمالیة اما العین امانة حتی کانت نفقة المرهون علی الراهن حیاته وکفنه بعد مماته وکذا قبض الرهن لا ینوب عن قبض
الشراء اذا اشتراه المرتهن لان عینه امانة فلا ینوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت ید الاستیفاء وهذا یحقق الصیانة وان کان [illegible] کما فی الحوالة فانها اصل [illegible] حکم
[illegible] الرهن [illegible] منه عینا بالبیع [illegible] المسائل [illegible] دینا [illegible]
فی کفایة المنتهی [illegible] ان الراهن ممنوع عن الاسترداد [illegible] والمسائل
انشاء الله تعالی قال ولا یصح الرهن الا بدین مضمون لان حکمه ثبوت ید الاستیفاء والاستیفاء یتلو الوجوب قال رضی الله عنه ویدخل علی هذا اللفظ الرهن بالاعیان المضمونة بانفسها فانه
یصح الرهن بها ولا دین ویمکن ان یقال ان الموجب الاصلی فیها هو القیمة ورد العین مخلص علی ما علیه اکثر المشائخ وهو دین ولهذا تصح الکفالة بها ولئن کان لا تجب الا عند الهلاک لکنه
تجب عند الهلاک بالقبض السابق ولهذا تعتبر قیمته یوم القبض فیکون رهنا بعد وجود سببه [illegible] کما فی الکفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقیدة به [illegible] الودیعة قال واذا
[illegible] الدین فاذا هلک فی ید المرتهن وقیمته والدین سواء صار المرتهن مستوفیا لدینه [illegible] قیمة الرهن اکثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما یقع به الاستیفاء
بقدر الدین فان کانت اقل سقط من الدین بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستیفاء بقدر المالیة وقال زفر الرهن مضمون بالقیمة حتی لو هلک الرهن وقیمته یوم رهن الف وخمس مائة والدین الف
[illegible] الراهن علی المرتهن بخمس مائة له حدیث علی رضی الله عنه قال یترادان الفضل فی الرهن لان الزیادة علی الدین مرهونة لکونها محبوسة به فتکون مضمونة اعتبارا بقدر الدین وهذا مذهب عمر و
عبد الله بن مسعود رضی الله عنهم ولان ید المرتهن ید الاستیفاء فلا یوجب الضمان الا بالقدر المستوفی کما فی حقیقة الاستیفاء والزیادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها [illegible]
فی حق الضمان والمراد بالتراد فیما روی حالة البیع فانه روی عنه انه قال المرتهن امین فی الفضل قال وللمرتهن ان یطالب الراهن بدینه ویحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزیادة
الصیانة فلا یمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضی یحبسه کما بینا علی التفصیل فیما تقدم واذا طلب المرتهن دینه یومر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض
استیفاء فلا یجوز ان یقبض ماله مع قیام ید الاستیفاء لانه یتکرر الاستیفاء علی اعتبار الهلاک فی ید المرتهن [illegible] الراهن بتسلیم الدین [illegible] حق الراهن تحقیقا للتسویة کما فی تسلیم المبیع
والثمن یحضر المبیع ثم یسلم الثمن اولا [illegible] موضع العقد [illegible] لان الاماکن کلها فی حق التسلیم کمکان واحد [illegible] حمل ومؤنة [illegible]
بیان مکان الایفاء [illegible] فی باب السلم بالاجماع وان کان له حمل ومؤنة [illegible] مسبوق دینه ولا یکلف احضار الرهن [illegible] التسلیم بمعنی التخلیة [illegible]
[illegible] الرهن [illegible] علی احضار [illegible] لا بامر المرتهن [illegible]

ذلک ودوامه سواء کان ما یوجب دوام نفسه او امرا خارجا عنه والا یلزم ارتفاع النقیضین معلوما نحن فیه کذلک اذ لا شک ان فکاک الرهن
ینافی وینافض دوامه فیلزم من تصویره تحقیق دوامه وان کان دوامه مالم یوجب نفسه بل کان بثبت خارجی فلم یثبت فی بیت المزبور انها لفظ
الرهن نفسه عن الحبس الدائم بل جاز ان یکون انضمام ذلک من نفی فکاکه تامل تفهم **قوله** واذا کان کذلک ثبت الاستیفاء من وجه وقد تقرر
بالهلاک فلو استوفاه ثانیا مودی الی الربوا یعنی اذا ثبت ان الرهن یدل علی الید والحبس ثبت الاستیفاء من وجه لان الاستیفاء انما
یکون بالید والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاک لانقطاع احتمال النقض فلم لم یسقط الدین واستوفاه ثانیا ادی الی تکرار الاداء بالنسبة الی الید
وهو ربوا کذا فی النهایة وغیرها اقول لقائل ان یقول نعم لو استوفاه ثانیا ادی الی الربا لکن اذا لم یستوفه ثانیا اصلا ادی الی ضیاع بعض حق
وهو استیفاء الرقبة والثانی الی ضیاع حق المسلم محذور شرعی ایضا فالوجه فی ترجیح اختیار هذا المحذور الی اختیار محذور الربا تامل فی الدفع **قوله**
ویدخل علی هذا اللفظ الرهن بالاعیان المضمونة بانفسها فانه یصح الرهن بها ولا دین معنی یرد علی هذا اللفظ ای علی لفظ القدوری وهو
قوله ولا یصح الرهن الا بدین مضمون الرهن بالاعیان بانفسها ای الاشکال بصحة الرهن بالاعیان المضمونة بانفسها وهی ما یجب مثله
عند هلاکه ان کان مثلیا وقیمته ان کان قیمیا کالمغصوب والمقبوض علی سوم الشراء ونحوها فانه یصح الرهن بتلک الاعیان ولا دین فیها
واجاب المص عن هذا الاشکال بقوله ویمکن ان یقال الی آخره کذا قاله الشراح قاطبة غیر ان صاحب غایة البیان بعد ان وافق سائر
الشراح فی شرح هذا المحل علی الوجه المذکور قال قلنا لا یرد علی القدوری الاعتراض راسا لانه لا یبقی صحة الرهن بالاعیان المضمونة
بانفسها بل صرح بصحته فی شرحه لمختصر الکرخی وانما اقتصر ههنا علی الدین لان الغالب فی الرهن ان یکون بالدین واکتفی به ههنا اعتمادا علی ذکره
فی موضع آخر الی هنا لفظه اقول لا ینبغی لمن له ادنی تمییز فضلا عن مثل ذلک الشارح ان یقول ان القدوری لم ینف فی مختصره صحة الرهن
بالاعیان المضمونة بانفسها بعد ان ای ما نفاه وهو قوله ولا یصح الرهن الا بدین مضمون من اداة قصر الصحة علی الرهن بالدین
وهی النفی والاستثناء وانما یصح ما قاله الشارح المزبور ان لو کان لفظ القدوری فی مختصره ویصح الرهن بالدین ولما کان لفظه فیه
ولا یصح الرهن الا بالدین لم یبق له محل وقوله بل صرح بصحته فی شرحه لمختصر الکرخی لا یجدی شیئا فی دفع الاشکال الوارد علی لفظه فی مختصره
وقد تدارک المصنف بقوله ویدخل علی هذا اللفظ وما حمل القصر الواقع فی لفظ المختصر علی القصر الاضافی بمعزل عن مساعدة هذا الفن ایاه فانه یجری تخصیص
الشیء بالذکر فی الروایات الواقعة فی هذا الفن علی نفی الحکم عما عداه کما صرحوا به فما ظنک بدلالة اداة القصر علی ذلک **قوله** ولهذا تصح الکفالة
بها قال فی العنایة واعترض بان صحة الکفالة لا تستلزم صحة الرهن فانما تصح بدین تجب کما لو قال ما ذاب له علی فلان فعلی دون الرهن
واجیب بان قوله فاذا سال کذلک اضافة الکفالة لا الکفالة ویصح ان یقال قولک دون الرهن ترید به دینا ما انعقد بسبب وجوبه او دینا انعقد
ذلک فان کان الاول فلیس کلامنا فیه وان کان الثانی فهو ممنوع فانه صریح نحن فیه انتهی اقول الاعتراض والجواب لتاج الشریعة و
لهما وجه صحة واما قوله ویصح ان یقال الی آخره فمن عند صاحب العنایة نفسه یرید به الجواب عن الاعتراض المذکور بوجه آخر ولیس کما

لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل ولان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضارها كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامر ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به

وجه صحة اذ المراد هو الاول قوله وليس كلا منافيه ليس بشيء لان كون عدم كلا منافيه لا يضر بغرض السائل بعينه فان مقصوده القدح في نحو النص ولهذا تصح الكفالة به بان صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن لان الكفالة تصح بدين يستجب ولم ينعقد بسبب وجوبه ولا يصح الرهن بذلك بلا خلاف فيجوز ان يكون تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه ايضا الذي كلا منافيه ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به ولا يخفى ان عدم كون كلا منافي الدين لم ينعقد بسبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه وانما يدفعه ما اشار اليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين يستجب ولم ينعقد بسبب وجوبه وانما قوله ما ذاب لك على فلان فعلي اضافة الكفالة الى ذلك الدين لا عقد كفالة به منجزة ومراد المصنف بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض اقول هذا التنوير لا يتم الا على قول ابي يوسف فان المعتبر عند ابي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر تفصيله في صدر كتاب الغصب مع ان صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها على قول ائمتنا جميعا فلا يتم التقريب الا على قول ابي يوسف وليت شعري لو لم يتعرض لهذا احد من الشراح قوله وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر شيء واعتبر هذا بقول الرجل مررت باعلم من زيد وعمرو لا يكون الاعلم غيرهما ولو قال مررت بالاعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم واحدا منهما ولم يرد ههنا واحد من القيمة والدين وهو انهما لاشياء ثالث ثم ان تاج الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر حيث قال والمعنى فيه ان كلمة من في قوله الاقل منهما للتبعيض والاقل يصلح بعضا اذ الاقل مع منهما معرفتان بخلاف اقل منهما لان اقل نكرة ههنا معرفة لا تنفيا ولا نكرة انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم ان المعرفة لا يتناول النكرة تناول الكل للجزء كما هو مقتضى من التبعيض بينهما فان المعرفة والنكرة لا يتغايران الا ان مدلول المعرفة شيء بعينه ومدلول النكرة شيء لا بعينه وهما متحدان ذاتا فلا يتغايران واما كون المبهم بعضا من المعين فلا استحالة فيه بل هو امر شائع مستعمل الا يرى ان قولنا واحد منهما او جزء منهما او بعض منهما يكون كذا فانه صحيح تام وشائع مستعمل مع ان كلمة واحد وجزء وبعض نكرة وكلمة هما في منهما معرفة ومن للتبعيض على ان الوجه المذكور للفرق بين ان يكون اسم التفضيل معرفا وبين ان يكون منكرا انما يتمشى فيما اذا كان مدخول كلمة من معرفة ولا يتمشى فيما اذا كان مدخولها نكرة اذ لا يلزم اذ ذاك تناول المعرفة للنكرة مثلا لو كان العبارة فيما نحن فيه اقل من قيمته ومن دين لزم ان لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الاقل وتنكيره وليس كذلك قطعا وذكر بعض الفضلاء وجها اخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال ان يكون من في المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الافعل باحد الاشياء الثلاثة ويكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف كما صرح به في كتب النحو قال وفيه بحث اذ قد يحذف من عن اللفظ وههنا ايضا كذلك والقرينة على الحذف شهرة المذهب انتهى اقول الحق في الفرق ما قاله ذلك البعض وبحثه ساقط اذ قد تقرر في علم النحو انه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون احد الاشياء الثلاثة الا ان يعلم المفضل عليه ويتعين كما في قوله تعالى السر واخفى وقوله تعالى والله اكبر وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير ان ينكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمة من تفضيلية اذ كونه معلوما بقرينة شهرة المذهب غير مسموع

قال [illegible] ... حتى يستوفي البقية اعتبارا
بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان
الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين قال وليس
[illegible] ... ليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا
بتسليط من الراهن ... لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه
وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن النقصان
على الخلاف وقد بيناه ... ذلك ... في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله
في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير مأذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه
لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة
وضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد سيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان
لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه
لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة
وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه
والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت
الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج
الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة
في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل
ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراحة ومعالجة القروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من
مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما ادى احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق
احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامة قال ابو حنيفة رحمه الله لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف رحمه الله يرجع في الوجهين وهو فرع مسئلة الحجر والله اعلم

لان الآن بصدد بيان المذهب في هذه المسئلة ولم يبين من قبل في موضع آخر فمن اين حصلت الشهرة كيف ولو تحققت الشهرة في مسئلتنا بهذه بحيث جاز بها ترك
ما لا بد منه في استعمال صيغة التفضيل لا يستغني عن ذكرها وبيانها ههنا بالكلية قوله لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه بهو بين قال صاحب الفضل
فيه بحث فان المقيس عليه هو رهن غير صحيح فكيف يثبت الحكم في الفرع قياسا على رهن الدين انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان مراد المصنف بتعليله المذكور ليس اثبات الحكم فيما نحن فيه
بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المذكور بل مراده به بيان ان حكم الرهن يبقى في الدين لانه خلف عن العين المبيع بامر الراهن لان الاصل كان محلا للرهن فكذا ما يكون ههنا
فكذا خلفه تبعا وان لم يصر الدين الرهينة بها بالة فكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت اصالة وقصدا فقوله فكان الراهن رهنه دين ولقوله
اشارة الى معنى الخلفية لا الى القياس وهذا مع ظهوره لكل متامل مستفرقة صرح به اكثر الشراح حيث قالوا فان قيل لو رهن الدين ابتداء
لا يصح لانه لا يكون محلا للرهن قلنا نعم ولكن يبقى حكم الرهن في الدين لكونه بدلا عن المقبوض وهو قد كان صالحا لذلك فيثبت هذا الحكم
في خلفه تبعا لا مقصودا انتهى قوله فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن بالقضاء لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان
الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده قال في العناية وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبدا بالف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب
المرتهن المال للراهن او ابراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده ومن غير ان يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبت به الاستيفاء
للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة بعد الابراء وفي الاستيفاء حقيقة بعد الاداء يرد المستوفى فيجب
ان يكون ههنا كذلك واجيب بان الرهن عقد استيفاء ... كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر مستندا الى وقت القبض في القضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد
واما الابراء فليس فيه استيفاء حتى يجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو انتهى اقول في خاتمة هذا الجواب خلل لان قوله اسقاط
الدين ممن ليس عليه فهو لغو من الكلام ههنا لان الابراء في مادة النقض من الراهن ولا شك ان الراهن ممن عليه الدين فكان
الابراء فيها ممن عليه الدين فلم يكن لغوا بل كان اسقاطا صحيحا فلا مساس لقوله واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو بما نحن فيه فان قلت مراده
ان يد الاستيفاء لما ثبت للمرتهن بالعقد الرهن وتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض صار المرتهن بالهلاك مستوفيا دينه من وقت القبض
فصار الاستيفاء متقدما على الابراء في الحكم فلم يكن الراهن مديونا وقت ابراء السقوط بنه بالقبض السابق فلم يكن الابراء فيما نحن فيه اسقاط
الدين ممن عليه من هذه الحيثية فلهذا قال واسقاط الدين ممن عليه ليس لغوا قلت لو كان لهذه الحيثية اعتبار فيما نحن فيه من مادة النقض وكان
الابراء فيه لغوا بناء على ذلك لوجب فيه الضمان على المرتهن لثبوت يد الاستيفاء له بقبضه السابق وتقرره بالهلاك وكون الابراء لغوا ظاهر
مع انه لا يجب عليه الضمان وفيه وهو مدار النقض بالمطالبة بالفرق بين مسئلة الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب فالحق في الجواب عن
المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال قلت ان ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان الاستيفاء فلا
يتحقق ذلك الا باعتبار الدين وبالابراء عن الدين انعدم احد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز قال ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رحمه الله يجوز ولنا انه بنى على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع عند المشايخ ... وعنده تعينه للبيع وهو يجوز في المشاع ... ولا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة لان الحكم ... بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك غرامة القسمة وهو فيما يقسم وحكم الهبة الملك والشائع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل ... والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء ... وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية ... وما يرجع الى المحلية يستوي فيه الابتداء والبقاء ... بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك ... قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين ... وكذا اذا رهن الارض دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء ... جاز لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخل بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة

احدهما الا يرى انه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين وكذلك اذا ابراء عن الدين سقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض وهذا بخلاف لو استوفى الدين حقيقة لان هناك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتقرر فان ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء وحصول المقصود بالشئ يقرره وينهيه واذا بقي الدين حكما بقي ضمان الرهن وهلاك الرهن يصير مستوفيا فيتبين انه استوفى مرتين فيلزم رد احدهما واما في الابراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام احد الجنسين الى هنا لفظ الشهادة وسيجئ من المص في اخر كتاب الرهن ما نظر ذلك في الفرق بين شك المسئلتين فتبصر قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي ان لا يبقى الرهن مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الدين قبل التسليم لان حكم الرهن لم يبق قلت بقي احتمال استحقاق الجنس لاحتمال ان يستحق المودى وحينئذ يظهر انه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الجنس انتهى اورد صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السوال والجواب فيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما اذا لم ينشأ عن دليل انتهى اقول الحق في الجواب عن اصل السوال عمن يقول الدين لا يسقط بالقضاء كما لا يسقط بالابراء لقيام الموجب وهو الذمة بل يبقى على حاله ولكن لا يطالب لتعذر الاستيفاء كما صرح به المص في آخر كتاب الرهن اثناء الفرق بين مسئلة ابراء المرتهن والراهن عن الدين ومسئلة استيفاء المرتهن الرهن فاذا بقي الدين بعد قضاءه ومثله يبقى حكم الرهن ايضا فان لم يسلمه الى الراهن فيبقى مضمونا بالهلاك الى ان يسلم الى الراهن تامل تقف

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال **قوله** ولا يجوز رهن المتاع قال صاحب العناية رهن المتاع القابل للقيمة وغيره وما يتعلق به الضمان اذ القبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن القابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه الى هنا لفظه اقول بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط الجواز حشو مفسد اذ الظاهر انه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وليس بصحيح اذ لا شك ان ما نحن فيه وهو رهن المتاع ليس مما لم يكن الرهن مالا وما لم يكن القابل به مضمونا فان الشيوع لا ينافي المالية قطعا حتى يكون رهن المتاع مما لم يكن الرهن مالا وكذا الشيوع في الرهن لا يقتضي ان لا يكون القابل به مضمونا بل يتصور فيما اذا كان القابل به مضمونا ايضا كما لا يخفى ثم لا شك انه لا ابتناء لشئ من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جوازه بل ذلك امر مقرر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن او شرط جوازه كما لا يخفى على ذوي مسكة فلا وجه لجعل قوله بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وزعم بعض الفضلاء ان قوله بناء على ان القبض الى آخره علة لقوله لان الباطل منه فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لا او لم يكن القابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح لا شرط جوازه يعني ان الحكم بكون الباطل يخص فيما ذكرنا بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح

ويدخل البناء والغرس في رهن الأرض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله [illegible]

[illegible]

قال ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات [illegible]

[illegible]

ويصح الرهن برأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه [illegible]

[illegible]

الحصر انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح لانه مع كون الحصر بقوله ما نحن فيه ليس كذلك مما يأبى جدا كون قوله بناء على ان القبض الى آخره ان لميه

ذلك لا يصح بناء على ان الحكم بكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من الصورتين على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه قوله فلو اذا كان

مشروطا الجواز لم ينحصر ممنوع فانه مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور ان ذلك فيما اذا لا ينعقد العقد بصفة الفساد وايضا

وانما الذي يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد وانما هو في عقد الرهن ان يكون الرهن مالا وان يكون المقابل به مضمونا لا غير ويدل

على ذلك كله ما ذكر في الذخيرة والمغني ونقل عنهما في النهاية وغيرها وهو ان الباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا اصلا كالباطل من البيوع

والفاسد منه ما يكون منعقدا لكن على وصف الفساد كالفاسد من البيوع وشرط انعقاد الرهن ان يكون الرهن مالا والمقابل به مضمونا ففي

كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا الا انه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد ولكن بصفة الفساد لانعدام

بعض شرط الجواز في كل موضع لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل مضمونا لا ينعقد الرهن اصلا فكذا هنا انتهى **قوله**

والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا اقول لقائل ان يقول ان اراد بقوله لم يشرع الا مقبوضا ان عقد

الرهن لم يجز الا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره في صدر كتاب الرهن لا شرط جوازه وان اراد بذلك انه لم يلزم الا

مقبوضا لا يتم التقريب اذ المدعي ههنا عدم جواز رهن المشاع وعدم لزومه فتأمل في الدفع **قوله** او بالنظر الى المقصود منه

وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه قال صاحب العناية وهو قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره

انتهى واقتفى اثره في قوله هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب الغاية حيث قال يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع

متسارعا الى قضاء الدين لحاجته او لضجره اقول فيه نظر علل المص فيما مر كون الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء بعلتين حيث قال ليقع الامن

من الجحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا من الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره انتهى فليت شعري ما حمل هؤلاء الشراح على حملهم قول

المص ههنا من الوجه الذي بيناه على العلة الثانية فقط دون مجموع العلتين كما هو الظاهر او على العلة الاولى لتقدمها في الذكر هنالك

والعجب من صاحب العناية انه قال في شرح قول المص وكل ذلك يتعلق بالدوام اي كل ما مر من قوله الا مقبوضا او بالنظر

الى المقصود يتعلق بالدوام وقال ما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لم يكن من الاسترداد لما جحد الرهن والدين جميعا

فيفوت الاستيثاق انتهى فقد جعل مدار الاستيثاق في البيان هو العلة الاولى على خلاف ما فسره المص فيما قبل تبصر **قوله** بخلاف الرهن

بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته قال في

غاية البيان فيه تسامح لانه يهلك بالاقل من قيمته ومما سمي له من القرض الا ترى الى ما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي لو اخذ

الرهن بشرط ان يقرضه كذا فهلك في يده قبل ان يقرضه يهلك بالاقل من قيمته ومما سمي له من القرض انتهى وقال تاج الشريعة في شرح قول المص

حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته هذا اذا ساوى الرهن الدين قيمته وانما اطلق جريا على العادة اذ الظاهر ان يساوي الرهن

ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ لأن استيفاء الأرش من الرهن ممكن ولا يجوز الرهن بالشفعة لأن المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون المأذون لأنه غير مضمون على المولى فإنه لو هلك لا يجب شيء ولا بأجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع الرهن لا شيء عليه ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمرا أو يرتهنه من مسلم أو ذمي لتعذر الإيفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن إذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما إذا غصبه وإن كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما إذا جرى ذلك فيما بينهم لأنها مال في حقهم أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بينهم وبين المسلمين ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا أو خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة ميتة فالرهن مضمون لأنه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا إذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر أنه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا إذا صالح على إنكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون وعن أبي يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لأنه يملك الإيداع وهذا أنظر في حق الصبي منه لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك أمانة والوصي بمنزلة الأب في هذا الباب لما بينا وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الإيفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا لدينه لو هلك في يده ويصير الأب والوصي موفيا له ويضمنه للصبي لأنه قضى دينه بماله وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه لأنه توكيل بالبيع وهما يملكانه قال والأصل فيه والمسئلة البيع فإن الأب أو الوصي إذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة وكذا الوكيل بالبيع والرهن نظير البيع نظرا إلى عاقبته من حيث وجوب الضمان وإذا رهن الأب متاع الصغير من نفسه أو من ابن له صغير أو عبد له تاجر لا دين عليه جاز لأن الأب لوفور شفقته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه أو من هذين أو رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لأنه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقا بالأب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي لا دين عليه بمنزلة الرهن من الأجنبي بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء لأنه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لأن له حكما واحدا

الدين انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول فيه قصور بين فإن ما ذكر في الكتاب كما يمشي فيما إذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو ما سمي له من القرض يمشي أيضا فيما إذا كانت قيمة الرهن أكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالحق أن يقال في البيان هذا إذا ساوى قيمة الرهن ما سمي له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك وأما إذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن إذ قد تقرر فيما مر أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ولكن المص ذكر ههنا حيث قال يهلك بما سمي له من القرض في صورة الإطلاق جريا على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساويا للدين أو أكثر من ذلك **قوله** ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا قال جمهور الشراح يريد به قوله إن الثمن بدله أقول ليس هذا بتفسير سديد لأن كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضي أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع ألا يرى أن رأس المال في مسئلة الأولى كان بدل طعام السلم فيه مع أن هلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمبيع دون الثمن والصواب أن مراد المص بقوله لما بينا إنما هو الإشارة إلى قوله لأنه رهنه وإن كان محبوسا بغيره يعني أن هلاك المرهون بما هو الأصل حين انعقاد الرهن وإن كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره أيضا لقيامه مقامه وبهذا يتم كون المسئلة الثانية نظير المسئلة الأولى تأمل تفهم **قوله** وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه قال صاحب العناية أي كما أن الأب والوصي يضمنان إذا لو سلطا المرتهن على بيعه فباع انتهى أقول ليس هذا الشرح صحيح إذ يأبى عنه جدا قول المص في التعليل لأنه توكيل بالبيع وهما يملكانه والصواب أن مراد المص هناك أن الأب والوصي كما لا يخفى لهما أن يرهنا بدين عليهما عبد الصغير كذلك يجوز لهما أن يسلطا المرتهن بيع ذلك العبد فح ينتظم التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المص قيد فباع بعد قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه إذ لو كان مراده كما زعمه الشارح المزبور لكان ذكر ذلك القيد مما لا بد منه بل كان عليه أن يزيد على ذلك القيد شيئا آخر وهو أن يقول وأخذ ثمنه لنفسه بدل دينه على الراهن إذ لو جعل ثمنه رهنا موضع عينه ولم يتلفه لا يضمنان للصبي شيئا لأنهما يملكان رهن مال الصبي بدين عليهما ويملكان التوكيل ببيع ماله ثمن رهن يلزمهما الضمان بمجرد تسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن إياه إذا لم يتلف المرتهن ثمنه بل حفظه بدل المبيع **قوله** وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه إلحاقا بالأب قلت قوله إلحاقا بالأب علة للمنفي دون النفي تأمل تقف **قوله** ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين قال صاحب العناية يريد به رهن الأب والوصي متاع الصغير للدين على نفسه ههنا وللدين على الصغير وعلى هذا المعنى رأى جمهور الشراح ههنا أقول فيه بعد عما يتحمله كلام المصنف فإن الذي ذكره المص فيما قبل أنه رهن الأب متاع الصغير لدين على نفسه أو لدين على الصغير دون رهن الوصي إياه فالظاهر أن الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع إلى الأب فقط فدرج رهن الوصي أيضا في بيان مراد المص ههنا لا يناسب سياق كلامه وأيضا قال المص فيما بعد وكذلك الوصي وكذلك الجد أب الأب إذا لم يكن الأب أو وصي الأب ولا يخفى أن هذا العطف والتنبيه يقتضي أن يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير مخصوصا بالأب فاندراج الوصي في مضمونه لا يناسب لحاق كلامه فالحق في شرح هذا المقام ما ذكره

وإن استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لأن الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع إيفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن لأن الأولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لأنه إيفاء واستيفاء وإذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الأب ليس للابن أن يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه إذ تصرف الأب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الأب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الأب لأنه مضطر فيه لحاجته إلى إحياء ملكه فأشبه معير الرهن وكذلك لو هلك قبل أن يفتكه لأن الأب يصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين فإن هلك ضمن الأب حصته من ذلك للولد لإيفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذا لو رهن الجد أب الأب إذا لم يكن الأب أو وصي الأب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فإنه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لأن فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لأنه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما بيناه والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لأنه غير متعد في هذه الاستعارة إذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لأنه متعد إذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك في يده فالوصي ضامن لقيمته لأنه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين إن كان قد حل وإن كانت قيمته مثل الدين أداه إلى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لأنه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب لليتيم عليه فالتقيا قصاصا وإن كانت قيمته أقل من الدين أدى قدر القيمة إلى المرتهن وأدى الزيادة من مال اليتيم لأن المضمون عليه قدر القيمة لا غير وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين إلى المرتهن والفضل لليتيم وإن كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لأنه بدل المرهون ثم إذا حل الأجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لأن استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الأخذ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الإقرار إذا أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الأخذ [illegible] ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لأنه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فإن رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة لأنه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند أبي حنيفة لأن عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وتكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الأول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فإن كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف المذكور

صاحب العناية حيث قال أراد بهما عن الأب متاع الصغير بدين نفسه وبدين الصغير انتهى ثم قال صاحب العناية في بيان وجه المص قوله لاشتماله على أمرين جائزين وذلك لأنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس انتهى أقول في هذا الكلية منع ظاهر ألا يرى أن إنسانا أو فرسا يطيق تحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الأحجار والأشجار مثلا ولا يطيق تحمل الكل قطعا وأن رجلا شجاعا يطيق مقابلة كل واحد من آحاد العسكر على الانفراد ولا يطيق مقابلة مجموع العسكر معا وفي هذه الأمور الخارجية إما وفي الأحكام الشرعية فكما أنه يجوز للرجل أن يجامع كل واحدة من الأختين منفردة عن الأخرى بملك نكاح أو بملك يمين ولا يجوز له أن يجمعهما معا في الجماع لشيء من ذينك السببين ولعل سائر الشراح وصاحب الكافي تنبهوا لعدم صحة الكلية فقالوا في البيان والتعليل وذلك لأنه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد فكذلك بدينهما ولم يزيدوا على هذا المقدار شيئا لكن لا يخفى على الفطن المتأمل أن التعليل المذكور بدون تلك الكلية لا يفيد أيضا في إثبات المدعى ههنا ثم إن بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكلية الواقعة في كلام صاحب العناية قصد الإصلاح حيث قيد قوله لأن كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل بأن قال إذا لم يمنع مانع كما في الجمع بين الأختين وسائر ما يجوز الجمع بينهما أقول هذا التقييد يخل بالمقام إذ لو فلأن التعليل المذكور لا يتم إثباتا للمدعى حينئذ فإن عدم تحقق المانع فيما نحن فيه أول المسألة إذ لو كان بينا في نفسه لما احتيج إلى ذكر جواز رهن الأب متاع الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير بعد أن ذكر فيما قبل جواز رهنه إياه بكل واحد منهما وأما ثانيا فلأنه لا يتم حينئذ قول صاحب العناية دون العكس فإن ما يثبت للكل يجوز أن يثبت للجزء إذا لم يمنع عنه مانع كما في الأمور النسبية قوله ولهذا قال في

كتاب الإقرار إذا أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتصور ولهذا غصبه لما أنه له ولاية الأخذ أورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لم لا يكون إقرارا بالاستعمال في حاجة نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا أمر لازم له إذ الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل اليد كما مر ذلك كله في صدر كتاب الغصب ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شيء من معنى الغصب ولا في عدم لزومه لشيء منهما فكيف يكون الإقرار بالغصب إقرارا بالاستعمال في حاجته قوله وفي الجامع الصغير فإن رهن إبريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال في العناية أتى برواية الجامع الصغير لاحتياجه إلى تفصيل ذكره انتهى وقال بعض الفضلاء طعنا فيه لا يخفى أن رواية القدوري أيضا تحتاج إلى التفصيل انتهى أقول هذا الكلام لغو إذ لا يخفى أن رواية القدوري ليست بمحتاجة إلى تفصيله يحتاج إليه رواية الجامع الصغير وليس مراد صاحب العناية أن رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل ما حتى يقال رواية القدوري أيضا محتاجة إلى ذلك بل مراده أن رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل كثير زائد على ما احتاج إليه رواية القدوري كما ذكره المص في مقدار تمام جانبي الورقة وقد أشار إليه صاحب العناية بقوله إلى تفصيل ذكره فلغى ما قاله ذلك البعض كما لا يخفى قوله ولا فرق لمحمد رحمه الله قال صاحب العناية أي على تقدير أن يكون هذه المسألة بناء على تلك المسألة

[illegible]

بيان قول محمد ... في موضعين من المبسوط والزيادات [illegible] قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيئا على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل. وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع. وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب

وما تقتضي اثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية اقول لم ادر كيف ذهبوا الى هذا الشرح مع ظهور بطلانه اذ قد صرح المص بان بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة في تلك المسئلة لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذه المسئلة مع ابي يوسف وذكر الشراح ان بناء هذه على تلك انما يتصور على ما روى عيسى بن ابان ان محمدا مع ابي يوسف اخرا في تلك المسئلة ولا فرق ان الفرق لمحمد بين المسئلتين انما يتصور على الرواية المشهورة في تلك المسئلة دون رواية عيسى بن ابان فيها فان قول محمد واحد في المسئلتين على روايته فالفرق له ينافي البناء قطعا والصواب في شرح هذا المحل ان يقال اي على تقدير ان لا تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها بل كانت مسئلة مبتداة كما هو الاصح على ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه عامة المشائخ ههنا ويفصح عما ذكرنا تحرير صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال وقيل هذه المسئلة فرع ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلكت الزيوف عنده ثم علمت الزيافة فيه فانه يسقط دينه ولا شك عليه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يضمن قيمة ما قبض ويأخذ مثل حقه وقول محمد اولا كقول ابي حنيفة اخرا القول ابي يوسف كذا ذكره عيسى بن ابان والاصح ان هذه مسئلة مبتداة لان محمدا مع ابي حنيفة في تلك المسئلة المشهورة ومع ابي يوسف في هذه المسئلة والفرق لمحمد ان قبض الزيوف الى اخر كلامه تبصر قوله فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى قال صاحب الكفاية اي معنى الشرط وهو الملائمة اقول ليس هذا بسديد اذ لا يساعده تحرير المص قطعا فانه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم معنى كلام المص على ما ذكره الشارح المذكور وهو اي معنى الشرط الذي هو الملائمة ملائم ولا حاصل له كما لا يخفى فالحق ان مراد المص اعتبرنا فيه المعنى اي معنى الشرط الذي هو الاستيثاق وهو اي هذا المعنى الذي هو الاستيثاق ملائم اي ملائم العقد لكونه مؤكدا موجبا العقد فصح العقد وهذا معنى صحيح مطابق لما ذكره في وجه الاستحسان انه شرط ملائم العقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه ملائم الوجوب

قوله واذا لم يكن الرهن والكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة اقول فيه شيء وهو ان التعليل بقوله للجهالة فاحش فانه انما يمشي فيما اذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما اذا كان الكفيل غائبا اذ الغيبة لا تقتضي الجهالة لجواز ان يكون معلوما معينا ولا يكون حاضرا في المجلس بل هو المراد بقوله او كان الكفيل غائبا حيث جعله فيما يكون الرهن والكفيل غير معين اللهم الا ان يقال ان الجهالة المذكورة في التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان والجهالة الثانية تتحقق فيما اذا كان الكفيل غائبا لكن فيه تامل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا المقام يعني ان جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان باعتبار النظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائب فات معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما ياتي بشيء يساوي عشر حقه او يعطي كفيلا غير ملئ ليس في ذلك من التوثق بشيء فيبقى الاعتبار بعين الشرط فيفسد العقد انتهى اقول وفيه قصور اما اولا فلانه لم ذكر كون الكفيل غير معين في تصوير المدعى حيث قال واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فاتت معناه مع ان كون الكفيل غير معين داخل ايضا في مسئلة الكتاب واما ثانيا فلان قوله في التعليل يعطي كفيلا غير ملئ لا يلائم ما سبق لانه وهو قوله في المدعى والكفيل غائب لما ذكرنا انفا

[illegible]

ان غيبة الكفيل عن المجلس لا يقتضي عدم تعيينه فيجوز ان يعين المشتري للكفالة رجلا مليا غائبا عن المجلس فكيف يقدر على ان يعطي كفيلا غيره بعد ان عينه للكفالة والحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا ان يقال بجواز ان لا يقبل الكفالة عند حضوره ولعل المص ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره وانفهامه من قوله ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح تدبر قال في العناية اخذا من النهاية وجه الفصل كون الرهن متعددا اولا خفاء في تأخر التعدد عن الافراد انتهى اقول لا يذهب عليك ان هذا الوجه انما يتم بالنظر الى مسئلة الاولى من هذه الفصل دون المسائل الباقية منه اذ لا تعدد في الراهن في شئ منها وانما التعدد في المرتهن في بعض منها وفي الراهن في بعض اخر منها فالاولى ان يقال وجه الفصل كون الراهن او المرتهن او الراهن متعددا كما اشار اليه في غاية البيان فحينئذ ينتظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل كما ترى قوله الا ترى انه لو قبل الراهن في احدهما جاز قال صاحب العناية والنهاية حاصله ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل انه لو باعه عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فيتمكن البائع من حبس الثمن لو لم يتمكن من قبض بعض المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي بحكم الرهن لحصول المقصود كما ان بالانفكاك انتهى حكم الراهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فيبقى حكم الرهن فيه انتهى اقول فيه بحث وهو ان حاصل كلامهما الاستدلال على ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك انتهى بدليلين احدهما اني وهو انه لو رهن عبدين بالف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الالف فقبل المرتهن الرهن في احدهما دون الاخر جاز وان باعهما بالف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الالف فقبل المشتري العقد في احدهما دون الاخر لم يجز وثانيهما لمي وهو ما ذكراه بقولهما وهذا لان البيع عقد تمليك الى اخره والاول منهما مسلم واما الثاني فمنظور فيه عندي اذ لا شك ان المحذور تفريق الصفقة الواحدة دون تفريق الصفقة المتفرقة في الاصل وان الاصل هنا ثبات ان الصفقة تتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتادي الى تفريق الصفقة في باب البيع على تقدير ان يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن انما يكون محذورا عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد بل هو اول ما قصد اثباته هنا فتبصر لهما بهذا لان البيع عقد تمليك الى آخره فاثبت الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه الذي في علية الفرق بين بابي البيع في تفرق احدهما بتفرق التسمية دون الاخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما افترقا لان ضم الردي الى الجيد متعارف في البيع لا متعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري ان يقبل في احدهما فيقبل الجيد ففي ضرورته ضرر للبائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتضرر به الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطا في الاول وهو شرط فاسد والبيع يفسد به اما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة انتهى ثم قال صاحب النهاية والعناية فان قيل هذه في

[illegible]

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

[illegible]

حالة الاجمال موجود قلنا نعم لكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان احد العبدين اكثر قيمة مثل ان يساوي احدهما الفا والآخر الفين ورهنهما بثلثة آلاف احدهما بالالف وآخر بالفين ولم يبين هذا من ذاك واراد الراهن فك الذي قيمته الفان فادي الفا وهو يقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن يقول بل هذا بالفين ورهن فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فلهذا لم يمكن فكاك البعض بقضاء بعض الدين انتهى اقول في الجواب بحث اما اولا فلانه لم يجعل قيمة كل واحد من العبدين فيصلا في قطع المنازعة في حالة الاجمال ولولا ذلك لما كان في قول المص صدر مسئلة الاجمال وحصة كل واحد ما تخصه اذا قسم الدين على قيمتهما فائدة واما ثانيا فلانه اذا كان العبدان متساويان في القيمة لا يوجد هناك جهالة تفضي الى المنازعة مع ان جواب مسئلة الاجمال يعم هذه الصورة ايضا فالاولى في دفع النقض بحالة الاجمال ان يقال ان تفرق الصفقة انما يتصور فيما اذا كان الكلام في كلام المعاقد باتحاد كما في حالة التفصيل فان تفرق التسمية فيها يحتمل تفرق الصفقة وان لم يلزم التادي الى تفرق الصفقة قبل تمامها في باب الرهن على تقدير ان يحمل عليه في حالة الاجمال ايضا تأمل قوله وان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه قال صاحب العناية اخذا من النهاية فيه نقض بما اذا باع من رجلين او وهب من رجلين على قول ابي يوسف ومحمد فان العقد فيهما اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوع فيما اذا كان العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن ان تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتقسم عليهما بالاجزاء والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز ان يكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لابد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه الى هنا كلامه اقول هذا السؤال والجواب على التقدير المذكور ليسا بصحيحين في حق الهبة اذ لا فرق على قول ابي يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشيوع في شئ من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتهما منهما وانما الفرق بينهما على قول ابي حنيفة الا يرى الى ما بين في كتاب الهبة من انه اذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماه جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح لان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لانه حكم الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن انتهى فلا معنى لتقييد ما نحن فيه بالهبة على قول ابي يوسف ومحمد اصلا ولا للجواب عنه على قولهما بما ذكر في الجواب المزبور من الفرق كما لا يخفى قوله وان تعلى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق قال في العناية اخذا من النهاية اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من [illegible] بالاستيفاء فينبغي ان يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير ان [illegible]

[illegible]

... فيتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام في كفاية المنتهي والله اعلم بالصواب

ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده واجيب بان ارتهان كل واحد منهما بان ما لم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا وكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان فيه زيادة منها التضمين ان القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا انتهى تعمقه من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي فتفرع عليها قوله فينبغي ان يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه ولا يخفى عليك ان تلك المقدمة صادقة وانها تقتضي ان لا يكون ارتهان الذي استوفى حقه باقيا بعد الاستيفاء حقه لان مقصوده من الرهن بها انتهى باستيفاء حقه فما وجه بقاء ارتهانه بعده وبالجملة تقرر ارتهان كل واحد منهما ما لم يصل الرهن الى الراهن غير مسلم عند السائل بل هو يقول لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء احدهما حقه اذا كان الرهن في يد الآخر وحينئذ في ذلك المقدمة التي بسطها في اول كلامه فلا يستفيد الجواب المذكور **قوله** وان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة انه رهنه عنده الذي في يده وقبضه وهو باطل قال صاحب العناية وهو احد الوجوه في هذه المسئلة وجملتها ان العبد اما ان يكون في ايديهما او لا في يد واحد او في يد احدهما فان كان في يد احدهما فهو اولى به لانه يمكنه من القبض ودليل سبق عنده كما في الشراء وقد تقدم الا ان يقيم الآخر بينة ان الاول فانه صريح في السبق وهو يفرق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب اولا كلامه فيه واضح وان كان في ايديهما فان علم الاول منهما فهو اولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه اي بالقياس نأخذ ووجه ما ذكر في الكتاب انتهى اقول في تحريره المذكور نوع اختلال واضطراب فانه ذكر التفصيل في الشق الثاني بقوله فان علم الاول منهما الى آخره وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو ما لم يكن في يد واحد منهما مع ان هذا التفصيل مما لا بد منه في ذلك الشق ايضا وايضا ان اراد بمسئلة الكتاب في قوله وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب قول المص وان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التنافي بينه وبين قوله فيما قبل وان لم يكن في يد احدهما فهو المذكور في الكتاب اولا بان اراد بها قول المص ولو مات الراهن والعبد في ايديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده قال محمد في الاصل وبه اي بالقياس نأخذ فان قلت انما نأخذ بالقياس في المسئلة الاولى لا في المسئلة الثانية قول المذكور ان يذكر متصلا ببيان المسئلة الاولى كما لا يخفى **قوله** يوضع في يد العدل لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الرهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما ان حكم النائب ابدا يقفو حكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده وزاد عليه صاحب النهاية والعناية قيدا آخر حيث قال او رضينا ببيعه الرهن عند حلول الاجل اقول لعل هذه الزيادة منهما بناء على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب والا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم في معنى العدل هنا فان الحاكم الشهيد في الكافي ليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لانه مأمور بالحفظ فحسب انتهى **قوله** وانما يرجع العدل على المالك في ثمنها لانه نائب في حفظ العين كالمودع قال صاحب العناية يشير الى دفع ما عسى ان يقال كما انه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه بذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بنقل عين التحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على انه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به انتهى كلامه اقول ليس هذا الجواب بتحرير

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال: وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته وإن كان الراهن يتصرف في ملكه كمن أوصى بجميع ماله تنفذ في الثلث وتتوقف في الزيادة على إجازة الورثة لتعلق حقهم به، فإن أجاز المرتهن جاز لأن التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه، وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضا لأنه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الأهل في المحل، وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله هو الصحيح لأن حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون إذا بيع برضاء الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل لأنهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا، وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له أن يجيز وله أن يفسخ، وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لأنه لو ثبت حق الفسخ له إنما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا، فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي وللقاضي أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم، وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه، وصار كما إذا أبق العبد المشتري قبل القبض فإنه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا، ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني موقوف أيضا على إجازته لأن الأول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني، فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني، ولو باع الراهن ثم آجر أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الأول، والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لأنه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به، أما لا حق له في هذه العقود لأنه لا بدل في الهبة والرهن، والذي في الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت إجازته إسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق. قال: ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه، وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ إذا كان المعتق معسرا لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن فأشبه البيع، بخلاف ما إذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض أقواله لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمين، وبخلاف إعتاق المستأجر لأن الإجارة تبقى مدتها لأنه يقبلها، أما لا يقبل الرهن فلا يبقى. ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو أعتق الآبق أو المغصوب، ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي، وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله، ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كإعتاق العبد المشترك، بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد، فلما لم يمنع الأعلى لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى، وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم، وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله، وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله، ثم بعد ذلك إن كان الراهن موسرا والدين حالا طولب بأداء الدين لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه، وإن كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لأن سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة، فإذا حل الدين اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه ورد الفضل، وإن كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه لأنه لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع بعتقه وهو العبد لأن الخراج بالضمان. قال رضي الله عنه: وتأويله إذا كانت القيمة أقل من الدين، أما إذا كان الدين أقل فإنما يسعى في قدر الدين، ثم يرجع بما يسعى على مولاه إذا أيسر لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه، بخلاف المستسعى في الإعتاق لأنه يؤدي ضمانا عليه لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله، وهاهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه فصار كمعير الرهن.

نادى الشارح المذكور من عند نفسه ليست بشيء لأن عدم قبول الخصم تلك المقتضى لا يسقط السؤال المتجه على أصلنا إذ لا يلزم أن يكون توجه السؤال من قبل الخصم وعن هذا ترى ائمتنا يوردون في المسائل مذهب لو سلم ذلك فالخصم أن يورد السؤال المذكور علينا بطريق الالزام بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقرر عنده فالجواب ما اشار اليه البعض لا غير قوله ولو ضمن لكن قال في النهاية والعناية أي جعل القيمة في يد العدل رهنا وقال بعض الفضلاء يجب أن المراد إذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأي القاضي عند العدل الأول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي انتهى أقول إن كان وجه البحث عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا بتراضيهما أي برأي الراهن والمرتهن مع أن الحكم فيه أيضا كذلك فهو ممنوع لأنه إنما لا يتحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهنا برأي القاضي لو كان جعل في عبارة النهاية والعناية ولفظ فعل في عبارة الكتاب مبنيا للفاعل وكان الضمير المستتر فيه راجعا إلى القاضي وأما إذا كان مبنيا للمفعول وكان لفظ القيمة في عبارة النهاية والعناية قائما مقام الفاعل فيحتمل العموم للصورتين معا كما لا يخفى على الفطن وإن كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلنا القيمة رهنا في يد غير العدل فأمره هين فإنه لما كان عدم التفاوت بين لما جعلت القيمة بعد الضمان رهنا في يد العدل الأول وبين إن جعلت رهنا في يد غيره ظاهرا اكتفى بذكر الأول عن الثاني اختصارا

جعل

باب التصرف في الرهن والجناية عليه لما كان التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره متأخرا عنه أخره وضعا ليوافق الوضع الطبع **قوله** وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف اختلفت عبارة محمد فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح أنه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فإن القاضي يفسده إذا خوصم إليه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما إذا أجازه وسلمه كذا في العناية وغيرها من الشروح قال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فإنه كالفاسد في عدم ترتب الحكم بالفعل أو أنه تسمية بمجاز المشارفة فإنه على شرف أن يفسد إذا لم يجزه انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذين التأويلين ليسا بتأويل فقهي بل هما من قبيل التأويل اللغوي الذي فيه نوع تجوز وتعمية فلا يناسبان أصحاب هذا الفن سيما في موضع الكشف والبيان **قوله** لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته وإن كان الراهن يتصرف في ملكه أقول في تمام هذا القدر من التعليل نظر فإنه ينتقض بما إذا أعتق الراهن عبد الرهن فإنه ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضا فالوجه في التعليل هنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على إجازته ألا ترى أن المصنف إنما فصل بين هذه المسألة ومسألة الإعتاق بانعدام القدرة على التسليم حيث قال في آخر تعليل مسألة الإعتاق من قبل أصحابنا وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم تدبر **قوله** وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم لأن الرهن مانع عن التسليم والبيع كما يفتقر إلى الملك يفتقر إلى القدرة على التسليم ولهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستأجر والإعتاق لا يفتقر إليها بدليل نفاذ إعتاق الآبق كذا في الكافي وغيره واعترض عليه صاحب التسهيل حيث قال أقول على هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف وبينهما فرق إذ الفاسد يملك بالقبض دون الموقوف ألا يرى أن البيع بالبيع الفضولي لا يملك بالقبض وهو موقوف لا فاسد انتهى أقول هذا

ثم ابو حنيفة رح اوجب السعاية في المستسعى للشريك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون خصها بالاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجبت السعاية هناك في حالة واحدة اظهارا للنقصان وتثبيته نظير في المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع لا رواية عن ابي يوسف رح والمرهون لتعلق لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يتمكن من الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما استوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عنده خلافا لزفر رح هو يعتبره بالاقرار بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عنده فظاهر وكذا عندهما لان التدبير لا يمنع البيع على اصلهما ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما اديا من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض الرهن حتى تحبس مكانه فيتقدر بقدر المعوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة وتكون رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزائدة كأنها هلكت بآفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك [illegible] ملك اليد [illegible] كانت رهنا في يده حتى يحل الدين [illegible] واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف

الاعتراض ظاهر السقوط لانه انما يلزم ان يفسد بيع الرهن ولا يتوقف ان لو انتفى بالقدرة على تسليمه بالكلية والمنتفى في بيع الرهن انما هو القدرة على تسليمه بدون اجازة المرتهن او فكاك الراهن دينه لا القدرة على تسليمه اصلا فيتوقف على اجازة المرتهن او قضاء الراهن دينه اذ بواحد منهما تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كما في البيع الفضولي **قوله** وكذا لو استهلك الراهن الرهن قال صاحب النهاية هو معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتها واقتفى اثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب لان قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدوري في مختصره وهو مذكور في البداية ايضا وقوله فان كان موسرا ضمن قيمتها ليس بلفظ القدوري في مختصره وليس بمذكور في البداية اصلا بل هو من المسائل التي ذكرها المص في الهداية تفريعا على مسئلة مختصر القدوري وهو من قوله ولو اعتق المولى برهن عبده الى هنا فكيف يصح جعل لفظ احد الشيخين في احد الكتابين معطوفا على لفظ شيخ اخر في كتاب اخر وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم عبارة تحقق المتن على تحقق عبارة الشرح فالصواب ان قوله المذكور معطوف على قوله فيما مر انفا فان كان الدين حالا طولب باداء الدين وان كان مؤجلا اخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لانه ايضا لفظ القدوري في مختصره ومذكور في البداية ايضا فيتم ويحسن عطف احدهما على الاخر وترتيب عبارة مختصر القدوري والبداية هكذا وان اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه فان كان الدين حالا طولب باداء الدين وان كان مؤجلا اخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين وان كان الراهن معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين وكذلك لو استهلك الراهن الرهن انتهى فتامل في هذا التحرير فلكن الكلام التسليم **قوله** وان انتقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف قال الزيلعي بعد ان ذكر هذا بعينه في شرح الكنز كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهو مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو انما انتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب ان لا يسقط بمقابلته شئ من الدين انتهى اقول ليس هذا بشئ فانه لم يفهم مقول صاحب الهداية وغيره ليعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ولا شك ان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء وبالهلاك يتقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض وقد كانت قيمته يوم القبض الفا انتقضت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الالف خمسمائة باتلافه وخمسمائة لقبضه السابق حيث كانت قيمته وقت القبض الفا لا تاثير في سقوط شئ منه لتراجع السعر اصلا وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل **قوله** وكذلك لو اعار احدهما اجنبيا باذن الاخر سقط حكم الضمان لما قلنا يشير بقوله لما قلنا الى قوله للمنافاة بين يد العارية ويد المرتهن قال بعض الفضلاء فيه نظر اذ لو وقع بيد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يد الايداع والرهن اقول الفرق بين الاعارة وبين الوضع في يد العدل المذكور

قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا ترى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك وكذا اذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلناه ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن كما بيناه في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بنفسه لانه برضاه ولو اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بيناه ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين كما اذا اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه به ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا اعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه

في شرح الشريعة وفي الكفاية مفصلا مستوفا فكانه لم يرهما الشارح شيئا فليتدبر جدا **قوله** وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ قال الشراح وحكم الوديعة كحكم العارية وحكم الرهن كحكم الاجارة انتهى او لبعض الفضلاء على قولهم وحكم الوديعة كحكم العارية بان قال اقول ان كان الايداع من اجنبي ينبغي ان لا يسقط الضمان لانه العدل انتهى اقول ليس الامر كما زعمه لان العدل من يضعانه بوضع الرهن في يده ابتداء وكلام الشراح هنا فيما اذا اودع احدهما الرهن فبطلت لسابق بالايداع للمنافات بين يد العارية والدين واما في لصورة الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم يد العدل في قبض الرهن مقام يد المرتهن في حق المالية فيصير الرهن مضمونا على المرتهن من يد الاجنبية كما تبين في بابه ولم يوجد شيء آخر يقتضي انتقاض هذا القبض فبقي الضمان على حاله **قوله** ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع اعلم ان قوله جبرا على الراهن في اثناء هذه المسئلة من متعلقات هذا الكتاب وكان لفظ محمد بدل ذلك في هذه المسئلة حين اعسر الراهن كما ذكره شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام البزدوي وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المص جبرا عن الراهن تصحيف عن قول محمد حين اعسر الراهن وقع من الكاتب او القارئ وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبرا عن الراهن بغير رضاه ويوافقه تقرير صاحب الكافي في هذه المسئلة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا بغير رضاء الراهن ليس للمرتهن ان يمتنع اذا قضى دينه وجعل صاحب الكفاية معنى قوله فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن اراد ان يفتكه نيابة عن الراهن جبرا على المرتهن وقال صاحب العناية قوله ان يفتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعني جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان ما اختاره من المعنى لا يتمشى فيما اذا اراد المعير ان يفتكه قبل حلول اجل دين الراهن اذ لم يفت عن الراهن اذ ذاك القضاء بنفسه لعدم حيرانه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك بقضاء دين الراهن جبرانا لما فات عنه من القضاء بنفسه مع ان تلك الصورة ايضا داخلة في جواب هذه المسئلة كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لم يسمع في العربية جبر عنه سواء كان من الجبر بمعنى الجبران او بمعنى الاجبار ومحال الاغلاق في تركيب المص انما هو كلمة عن الداخلة على الراهن لا كون الجبر بمعنى القهر اذ هو متحقق في مسئلتنا بالنظر الى المرتهن وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر لكلمة عن متعلق الا ان يصار الى تقدير لما فات جبرانا وجعل كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج في ذلك ولا يخفى بعده جدا فالحق ان يرتكب مع حصول المقصود منه تقدير متعلقة كلمة عن لفظ نيابة وهذا كما فعله صاحب الكفاية **قوله** ولهذا يرجع على الراهن بما ادى قال صاحب النهاية وههنا قيد لازم ذكره فان قوله يرجع الى الراهن بما ادى لا يجري على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما اداه بقدر الدين لا ما اكثر منه من قيمة الثوب لانه ذكر في الايضاح وفتاوى قاضيخان فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يسلك الدين به ولا يرجع باكثر من ذلك بيانه اذا كانت قيمة الرهن الفا فرهنه بالفين فافتكه المالك بالفين رجع بقدر ما يهلك الدين وهو الالف ولا يرجع باكثر من الف لانه لو يهلك الدين لم يضمن الراهن

وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد اتلفه بالاعتاق ولكن [illegible] المعير ان استرداد للعين [illegible] كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنه [illegible] فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما [illegible] بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير [illegible] بنفسه [illegible] **قال** وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان [illegible] **قال** وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين [illegible] **قال** وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى ماله هدر وهذا عند ابي حنيفة رح [illegible] معتبرة [illegible] الجناية على المغصوب [illegible] فائدة [illegible] **قال** ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء [illegible]

للمعير اكثر من ذلك فلذلك اذا هلك كان متبرعا بالزيادة انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعبارة نفسه وليس بوارد على المص لانه لم يضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين انتهى اقول فيه نظر لان قول المص ولهذا يرجع على الراهن بما ادى من مقامات دليل هذه المسئلة لا الاتفاقية هذه المسئلة ولا يخفى ان مقدمات الدليل لا يجب ان توافق المدعى في الخصوص والعموم ولا في التقييد والاطلاق الا يرى ان كلية الكبرى شرط في اشهر الاقيسة واقواها وان كان المدعى جزئيا فاين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها ايضا حتى يستغنى عن تقييد احدى المقدمة بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الزيلعي قال في التبيين وذكر في النهاية انه اذا كان باكثر من قيمته بان كان الدين المرهون به اكثر لا يرجع الا بقدر قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطرا او باعتبار الاضطرار يثبت في حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن ان يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى اقول ههنا كلام هذا نوع غرابة لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكاله بطريق السؤال واجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتصل الى تحصيل ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين عن ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما يتحقق به الايفاء انتهى وقد تبعه في ذكر هذا السؤال والجواب صاحب الكفاية ومعراج الدراية فان كان الجواب المذكور مرضيا عند الزيلعي ايضا فلا وجه لاستشكاله كلام صاحب النهاية بعد ان راى الجواب والسؤال مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنه كان عليه ان يبين محل فساده ولا ينبغي ان يعد السؤال المذكور فيما اشكالا من عند نفسه

قوله وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق اقول كان الحق في التعليل ان يقال لان الحق تعلق بماليته وقد اتلفها بالاعتاق اذ لا شك ان المراد بالحق المذكور في التعليل انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بمالية الرهن دون رقبته كما مر غير مرة

قوله اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل اي ما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهو ان جناية الرهن على الراهن هدر لانها جناية المملوك على المالك واقتفى اثره صاحب العناية اقول لا وجه عندي لاقحام لفظ الوجه في تفسير مراد المص بالقول المذكور اذ يصير المعنى حينئذ ما وجه المسئلة الوفاقية اي علتها لهذه العلة المذكورة في الكتاب لان المص قد ادخل اللام على الخبر كما ترى فيؤل المعنى الى ان علة هذه المسئلة لهذه العلة فيلزم ان يكون المذكور في الكتاب علة العلة لا علة لنفس المسئلة وهو فاسد قطعا **قوله** ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن قال صاحب العناية قوله ودفعاه فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه وخلاصه المشاكلة لانه وان كان قابلا لما ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته او التغليب سماه دافعا ومثاه انتهى اقول لا صحة لتوجيه المشاكلة ههنا لان المشاكلة ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وهذا لا يتصور الا اذا تكرر ذكر لفظ واريد به في المرة الاولى اصل معناه وفي الاخرى غير ذلك كما في قوله تعالى حكاية تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك وما نحن فيه لم يتكرر ذكر لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التثنية فصيغة التغليب لا غير كما لا يخفى **قوله** ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي

وان كان مقابلا به بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان
يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي
الى الربوا فيصير مستوفيا للالف وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعين لانه لا يؤدي الى الربوا
قال وان كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل
الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا قال وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء
افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر يصير رهنا بمائة له ان يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى
الدين بقدره ولاصحابنا على زفر ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع
مكانه ولمحمد في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما
ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جائز
وانه مشروع والخلاف ليس لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وكذا في المغصوب تمليكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد
يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله
ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة قائم
له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى
في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن
بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك
العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان
ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد يأخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى

مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف قال صاحب غاية البيان وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث فيما اذا تراجع سعر الرهن الى
مائة فقتله عبد قيمته مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف انتهى وقال
صاحب العناية قيل في بعض الشروح وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع
سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقدم الخلاف فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل
الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه ايضا وفي ذلك شرط مثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات
السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار ثم الى ههنا لفظ العناية اقول
في بيان صورة المسائل الثلاث انما هو عبارة البداية المأخوذة من الصغير والانصاف انها لا تساعد جعل الصورة الثالثة في غير تراجع السعر
كما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية وانما تساعد جعلها في تراجع السعر ايضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية
او جعلها فيما هو اعم من تراجع السعر ومن عدم تراجعه فان نص عبارة البداية على ما وقع في الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبدا يساوي الفا
بالف الى اجل فنقص في السعر ورجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع
على الراهن بشيء وان كان امره الراهن ببيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ويرجع بتسعمائة فان قتله عبد قيمته مائة فدفع اليه مكانه افتكه
بجميع الدين وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن انتهى ولا يخفى عليك ان قوله فان
قتله عبد الى آخره عطف على قوله ثم قتله رجل وان الظاهر المتبادر ان ضمير قتله في المعطوف راجع الى ما رجع اليه ضمير قتله في المعطوف عليه
ولا شك ان الضمير في المعطوف عليه راجع الى العبد المرهون الذي نقص في السعر فكذا الضمير الذي في المعطوف كما ذهب اليه صاحب
النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان وان اخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه الى ما رجع اليه ضمير المعطوف عليه
فلا اقل من ارجاعه الى مطلق العبد المرهون المذكور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه وعلى كلا التقديرين لا تخلو
ما ذكره المصنف ههنا بقوله ولو كان تراجع سعره الى آخره عن شائبة التكرار واما ارجاع الضمير في المعطوف الى العبد المرهون المقيد بعدم
تراجع السعر فيما لا يساعده العبارة المذكورة قطعا على مقتضى العربية فلا وجه للمصير اليه تبصر ترشد **قوله** لان دين العبد مقدم على دين المرتهن
وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى قال صاحب النهاية قوله وحق ولي الجناية بالجر اي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق
ولي الجناية ايضا حتى انه لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتي في جناية المملوك في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى
يعني لتقدم حق العبد على حق المولى فاذا كان مقدما على حق المولى يكون مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية لان المرتهن
يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية يقوم مقام المولى في ملك العين الى ههنا كلامه واقتفى اثره في هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب العناية وقال
صاحب الغاية وحق ولي الجناية بالنصب او بالرفع عطفا على لفظ دين العبد او محله معناه ان دين العبد مقدم على

فإن فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لأن الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبه الهلاك وإن كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم إن كان دين المرتهن قد حل أخذه به لأنه من جنس حقه وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغرماء أخذ الثمن ولم يرجعوا بما بقي على أحد حتى يعتق العبد لأن الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر إلى ما بعد العتق فإذا أدى بعده لا يرجع على أحد لأنه وجب عليه بفعله فإن كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد قيل لهما افدياه لأن النصف منه مضمون والنصف أمانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الأمانة على الراهن فإن أجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وإنما منه الرضى به فإن تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدي راهنا كان أو مرتهنا أما المرتهن فلأنه ليس في الفداء إبطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن إبطال حق المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن إذا قال المرتهن أنا أفدي لم يلتفت إلى ذلك وإن كان المالك يختار الدفع [illegible] وأما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن لأنه يمكنه أن لا يختاره إذا طالب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روي عن أبي حنيفة رح أنه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين إن شاء الله تعالى ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداه الراهن فإنه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وإن كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لأن الفداء في النصف كان عليه فإذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كأنه أوفى نصفه فلو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وإن كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر المرتهن متطوع في الوجهين لأنه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبه الأجنبي وله أنه إذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته فإذا فداه المرتهن فقد تبرع كالأجنبي فأما إذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة فلا يكون متبرعا **قال** وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لأن الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع بإذن المرتهن فكذا لوصيه وإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وأمره ببيعه لأن القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وإن كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه

لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يتقدم على حق المرتهن اولى لان حق المالك اولى ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه وقد مر آنفا تحقيقه ان المصنف ذكر جناية العبد المرهون اولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على ان مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرح قوله وحق ولي الجناية مقدم على حق ولي المرتهن وتقدم ايضا على حق ولي الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فاقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال ودين العبد مقدم على حق ولي الجناية وفي المسئلة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وانه لا مناقضة لا محالة الى هنا لفظ الغاية اقول لا تدافع بين كلام هولاء الشراح وبين المسئلة التي استشهد بها اذ لا يشتبه على الفطن تحقق تقديم حق الغرماء حقيقة على حق ولي الجناية في تلك المسئلة فانه وان دفع العبد الجاني اولا الى ولي الجناية الا انه لم يبق في يده بل بيع ودفع ثمنه الى الغرماء وقد كان نبه عليه صاحب الكفاية حيث قال لانه وان دفع الى ولي الجناية اولا لكن اذا بيع لم يبق للدفع اثر فعلم ان الدين كان مقدما حقيقة انتهى **قوله** فان فضل شيء الى آخره اقول فيه شيء وهو ان الظاهر من اسلوب تحرير الكتاب ان يكون قوله فان فضل شيء الى آخره من متفرعات المسئلة السابقة وهي قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته ولا يذهب على ذي مسكة ان المال المستهلك اذا استغرق رقبة العبد لا يتصور ان يفضل على دين الغريم شيء من ثمن العبد الذي بيع فيلزم ان لا ينتظم المعنى اللهم الا ان يكون قوله فان فضل شيء الى آخره مسئلة مباينة للمسئلة الاولى مقابلة لها لا متفرعة عليها ويكون اتفاقي قوله فان فضل لمجرد التفريع الذكري كما يستعمل الفاء بهذا المعنى ايضا على ما عرف في علم الادب تامل

فصل

هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في اواخر الكتب فلذلك آخره استدراكا لما فات فيما سبق **قوله** لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء اقول لقائل ان يقول لو كان مدار مسئلتنا المذكورة على هذا القدر من التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلا في وضع المسئلة بل كان يكفي ان يقال ومن رهن عصيرا بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في اثبات هذا المعنى العام فتامل قال صاحب العناية ولقائل ان يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كما هذا يخلف عن ذلك الاصل وقال ويمكن ان يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك يخالف عن ذلك الاصل انتهى اقول في الجواب بحث اذ لقائل ان يعود ويقول لو كان يتبدل المحل ههنا بتبدل الوصف كان ينبغي ان يبطل العقد فيما اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض اذ على تقدير تبدل المحل يلزم ان يكون المبيع هالكا قبل القبض في هاتيك الصورة وقد قالوا في مسئلة الابتياع ان البيع ينتقض بهلاك قبل القبض واذا انتقض لا يعود مع انه ذكر في الكتاب ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع فان قيل ان التبدل ليس بتبدل حقيقي بل تبدل حكمي كما صرح به صاحب العناية والذي يستلزم كون المبيع هالكا انما هو التبدل الحقيقي دون الحكمي قلنا فلقائل ان يقول ما بال هذا التبدل الحكمي كان له تاثير في التخلف عن ذلك الاصل المقرر ولم يكن له تاثير في كون المبيع هالكا والفارق بينهما وبالجملة للكلام مجال في كل حال وقد اورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال فيه

لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم قبل ان يرده جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل قال ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا احيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشائخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع **قال** ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك يهلك بغير شئ لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شئ اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن به لما ذكرنا وتصوير المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شئ من ذلك لاطلاقه اباحة ... والاطلاق يجوز تعليقه بالشرط والخطر لانه اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شئ من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اكله المرتهن باذن الراهن وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس **قال** ويجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهنا بها وقال ابو يوسف تجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن نظير الخلاف في الثمن والمثمن وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وان كان الدين الفا ...

بحث لان مآل ما ذكره ان يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصرية الى الخمرية مصححا لها وقال والاولى ان يجاب بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصير فتخمر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات ورثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء والعقود شرعت لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء للنهي عن الاقتراب والاعزاز ولا يوجد ذلك في البقاء فليتأمل الى هنا كلامه اقول جوابه الذي عده اولى ليس بشئ لان مورد السؤال الذي ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل ان يقول الى آخره انما هو قولهم في تعليل هذه المسئلة ان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حيث ورد عليه ان ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما معنى كون الخمر محلا للبيع في البقاء دون الابتداء ولا شك ان القول بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لا يدفع السؤال المزبور المورد على قولهم في التعليل المذكور ان الخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء نعم لقائل يكون ما لتغيير تعليلهم المذكور الى ان يقال ان ما يكون حكما للبيع يكون حكما في الرهن والخمر قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء فكذا في الرهن وهذا مع كونه عدولا عن تعليلهم المرضي عندهم ليس بصحيح في نفسه اذ لا ريب ان ما يكون حكما للبيع وهو ملك العين لا يكون حكما للرهن فان حكم الرهن انما هو ثبوت يد الاستيفاء والحبس للمرتهن لا غير كما تقرر فيما مر **قوله** ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن الخ اقول لقائل ان يقول لا فائدة لقوله وهو القياس في اثناء ذكر دليلهما لان دليل ابي يوسف ايضا هو القياس كما افصح عنه تقرير المصنف اياه حيث قال ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن ثم قال والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ومن هذا ترك صاحب الكافي القيد المذكور اعني قوله وهو القياس في اثناء تقرير دليلهما والجواب انه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن اصل ابي يوسف في هذه المسئلة التي هي الخلافية الاخرى وهي مسئلة الزيادة في الدين بل مراده بذلك هو الاحتراز عن اصل ائمتنا الثلثة في الخلافية الاولى وهي مسئلة الزيادة في الرهن فان اصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيرها والباعث على تقييد المصنف ههنا بهذا الاحتراز هو انه لما كان دليل ابي يوسف في الخلافية الاخرى هو القياس كما افصح عنه في تقريره جاز ان يتوهم ان دليلهما في هذه المسئلة هو الاستحسان لكونهما في خلافه ههنا فنبه على ان اصلهما ايضا هو القياس في هذه المسئلة وانما الاستحسان اصلهم في الخلافية الاولى **قوله** والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن اقول لقائل ان يقول سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز ان يكون الدين الذي زيد دينا جديدا حادثا بموجب متأخر عن عقد الرهن في الاستقراض وغيره والجواب ان الكلام في الالتحاق باصل العقد فالدين وان كان متأخرا عن اصل عقد الرهن الا انه يثبت بالالتحاق باصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن الابتدائي ولا شك ان زمان وجوب الدين الجديد متقدم على زمان التحاقه بالاصل فان الالتحاق فرع التحقق فلهذا حكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تأمل تفهم **قوله** ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني المراد بالاستيفاء الاول هو الاستيفاء الحكمي وبالاستيفاء الثاني هو الاستيفاء الحقيقي كذا في عامة الشروح اقول ههنا نوع اشكال وهو ان الاستيفاء الحكمي الذي كان يثبت للمرتهن بقبض الرهن انما ان ينتقض بالاستيفاء

حال الانفكاك بامضاء العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن ولذا يبقى بعد انفساخه ولا تعلق باصل التعاقد بل على العقد فجاز في الرهن بان العوض حال بقاء العقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضت خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان التبعية دخلت على الام **قال** فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين قال ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء او الهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم تبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان بالابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه فقائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه او ما يرجع عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب

الدين حقيقة بايفاء الراهن او بايفاء متطوع قبل هلاك الرهن او لم ينتقض بل بقي على حاله فان انتقض لم يتم قوله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فقد تقرر عندهم ان المنتقض لا يعود وتقدم في الكتاب غير مرة وان لم ينتقض بل بقي على حاله يلزم ان يتكرر الاستيفاء عند استيفاء الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع وتكرره مؤد الى الربوا فاسد كما لا يخفى ويمكن ان يجاب بانه لم ينتقض بل بقي على حاله لكنه في قوة الزوال لا الانتقاض لان الرهن حين هلك في يد المرتهن اذا وجب لرده عليه تحقق الاستيفاء الحقيقي كما فيما نحن فيه كان الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقي فلم يتقرر الاستيفاء الحكمي بهلاك الرهن في يد المرتهن فلم يحصل فساد ابدا هذا غاية ما يمكن في التقصي عن ذلك الاشكال وان كان لا يخلو عن تكلف **قوله** بخلاف الابراء قال صاحب العناية بخلاف الابراء راجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه من ثمه الى هنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الابراء وقال والاولى ان يرجع الى قوله فيكون الجهة باقية انتهى اقول لا مساغ عندي لان يكون قوله ههنا بخلاف الابراء راجعا الى قوله ولو استوفى لان المصنف قال بعد ذكر مسألة استيفاء المرتهن الدين فيما مر بخلاف الابراء وبين وجه الفرق بين الابراء والاستيفاء مستوفى فلو كان قوله ههنا بخلاف الابراء راجعا الى قوله ولو استوفى لزم التكرار الحشو في كلامه وحاشاه عن ارتكاب مثل ذلك والله اعلم

كتاب الجنايات

اورد الجنايات عقيب الرهن لان كل واحد منهما للوقاية والصيانة فان الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس الا ترى الى قوله تعالى ولكم في القصاص حيوة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا في اكثر الشروح وقال في غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة لانها عبارة عما ليس للانسان فعله انتهى اقول ليس هذا بشيء لان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو احكام الجنايات دون انفسها ولا شك ان احكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة ايضا فلا معنى لتاخيرها من هذه الحيثية ثم ان الجناية في اللغة اسم لما يجتنيه من الشر اي تكسبه وهي في الاصل مصدر جنى عليه شرا جناية وهو عام في كل ما يقبح ويسوء الا انه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد يزول به الحيوة والثاني يسمى قطعا وجرحا هذا زبدة ما في الكافي والشروح **قوله** القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب قال صاحب النهاية وجه الانحصار في هذه الخمسة هو ان القتل اذا صدر عن انسان لا يخلو اما ان حصل بسلاح او بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما ان يكون به قصد القتل ام لا فان كان فهو عمد وان لم يكن فهو خطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما ان يكون معه قصد التاديب بالضرب ام لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما ان كان جاريا مجرى الخطأ ام لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بسبب وبهذا الانحصار يعرف ايضا تفسير كل واحد منها انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلانه جعل القتل الخطأ مخصوصا بما حصل بسلاح وليس كذلك اذ لا شك ان القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون ايضا بما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة واما ثانيا فلان قوله فان كان فهو هو تفسير الشيء بنفسه واما ثالثا فلان قوله وان لم يكن جاريا مجرى الخطأ فهو القتل بسبب تام لان ما لا يكون جاريا مجرى الخطأ لا يلزم ان يكون القتل بسبب البتة بل يجوز ان يكون القتل

والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام **قال** فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والمنار

بخطأ محض ايضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب ولما تنبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة اوجه وذلك انا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة احد هؤلاء الاوجه المذكورة ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه وركاكته ظاهران من غير تفصيل وبيان **قوله** والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام قال جمهور الشراح انما قيد بذلك لان انواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه اكثر من خمسة كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم ونظير هذا ما قاله محمد في كتاب الايمان ثلثة ولم يرد به جنس الايمان لانها اكثر من ثلثة يمين بالله ويمين بالطلاق ويمين بالعتاق والحج والعمرة وانما اراد بذلك الايمان بالله تعالى انتهى اقول فيما قالوا نظر اذ الظاهر ان شيئا من انواع القتل لا يخرج من الاوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الاوجه فان ما ذكروا من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصا او رجما او بقطع الطريق يكون قتل عمد ان تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح او ما اجري مجرى السلاح ويكون شبه عمد ان تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح ويكون خطأ ان لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطأ الى غير ذلك من الاوجه المذكورة وانما يكون تلك الانواع المباحة من القتل خارجة من الاحكام المذكورة بهذه الاوجه الخمسة لا من نفس هذه الاوجه الخمسة فلا معنى للقول بان انواع القتل اكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الانواع من الاحكام المذكورة لهذه الاوجه الخمسة لا من نفس هذه الاوجه وحكم الشيء ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد يكون ترتب الحكم على شيء مشروطا بشروط الا ترى انهم جعلوا وجوب القود من احكام القتل العمد مع ان له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغا اذ لا يجب القود على المجنون والصبي اصلا ومنها ان لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمدا لا يجب عليه القصاص وكذا لو قتلت الام ولدها وكذا الجد والجدة ومنها ان لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة اصلا ولا بالمستامن في ظاهر الرواية لان عصمته ما يثبت مطلقة بل موقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام صرح بذلك كله في عامة المعتبرات فكذا كون القتل بغير حق شرط لترتب كل من الاحكام المذكورة للاوجه الخمسة من القتل وليس شيء مما ذكروا من الانواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق فدخولها في نفس اوجه القتل دون الاحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون المقتول معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شيء فالاظهر ان مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل يتعلق الاحكام هو التنبيه على ان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو احوال القتل بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنايات وتترتب عليه احكامها دون احوال مطلق القتل وان كان الاوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك **قوله** فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه اي ضرب المقتول وقال فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى اقول يرد عليه النقض بمسئلة ذكرت في المحيط نقلا عن المنتقى وهي انه اذا تعمد ان يضرب يد رجل فاخطأ فاصاب عنق ذلك الرجل فابان راسه وقتله فهو عمد وفيه القود وان اصاب عنق غيره فهو خطأ وجه الورود انه لم يتعمد في الصورة الاولى ضرب المقتول بل تعمد ضرب يده مع انه جعل ضربه القتل العمد واجري عليه حكم قتل النفس عمدا

لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة **قال** والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اى موجبه

القود تام **قوله** لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك اقول فيه بحث وهو ان هذا القدر من التعليل يشكل بما اذا استعمل الآلة القاتلة فى القتل الخطأ كما اذا رمى شخصا بسهم او ضربه بسيف ظنه صيدا فاذا هو آدمى او ظنه حربيا فاذا هو مسلم وهذا فى نوع الخطأ فى القصد وكما اذا رمى غرضا بآلة قاتلة فاصاب آدميا وهذا فى نوع الخطأ فى الفعل فان استعمال الآلة القاتلة الذى جعل دليلا على القصد قد تحقق هناك ايضا مع انه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه قاطبة فان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة فى التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لا استعمالها مطلقا ففيما اذا رمى غرضا فاصاب آدميا لم يكن استعمالها لضرب الآدمى بل كان لغرض آخر قلت هذا التأويل انما يفيد فى نوع الخطأ فى الفعل دون نوع الخطأ فى القصد فان استعمالها فيه ايضا لضرب المقتول لكن الخطأ فى وصف المقتول فان قلت المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمى لا استعمالها لضربه مطلقا وفى نوع الخطأ فى القصد لم يتحقق الحيثية المذكورة قلت كون استعمال من تلك الحيثية امر مضمر راجع الى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجى لم يذكر فى التعليل المزبور ثم انه لو كان مدار كون القتل عمدا مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من اصحاب المتون القتل العمد ضربه قصدا بما يفرق الاجزاء كسلاح ومحدد من خشب او حجر او ليطة او نار وجه اذ يلزم اذ ذاك ان يكون قيد قصدا زائدا بل لغوا لعدم الوقوف عليه بالغرض الا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضربه بما يفرق الاجزاء فيكفى ذكره بل لما كان لقيد تعمد فى الكتاب ايضا فى قوله فالعمد ضربه وجه بل كان ينبغى ان يقال فالعمد ما ضربه بسلاح او ما اجرى مجرى السلاح فتدبر **قوله** وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية اقول لقائل ان يقول الدليل خاص والمدعى عام لان ايجاب القتل العمد المأثم والمسلم يقاد بالذمى عندنا ولا شك ان وجوب القود لا ينفك عن لزوم المأثم والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الا ان يقال الآية المذكورة وان افادت المأثم فى قتل المؤمن عمدا فقط بعبارتها الا انها تفيد المأثم فى حق الذمى عمدا ايضا بدلالتها بناء على ثبوت المساواة فى العصمة بين المسلم والذمى نظرا الى التكليف او الدار كما سيأتى تفصيله فان قيل بقى خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة اخرى وهى ان المذهب عند اهل السنة والجماعة ان المؤمن لا يخلد فى النار وان ارتكب كبيرة وقد تقرر فالظاهر ان المراد بمن يقتل فى الآية المذكورة هو المستحيل بدلالة خالدا فيها فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية قلنا لا نسلم ظهور كون المراد بمن يقتل فى الآية المذكورة هو المستحل لجواز ان يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر فى التفاسير فلا ينافى التعميم مذهب اهل السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر فى الكتب الكلامية وفى التفاسير ايضا فالآية دالة على عظم تلك الجناية وتحقق الاثم فى قتل المؤمن عمدا بدون الاستحلال ايضا والا لما لزم من استحلاله الخلود فى النار **قوله** والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الا انه يقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اى موجبه يعنى ان ظاهر الآية يوجب القول بالقصاص اينما يوجد القتل ولا فصل بين العمد والخطأ الا انه تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذى تلقته الامة بالقبول وهو قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود اى موجبه قود وكذا فى الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفى ما عداه

ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا تشرع لما دون ذلك **قال** الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عيناً وليس للولى اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولى الشافعى رح الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعاً للهلاك فيجوز بدون رضاه وفى قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابراً وفى كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة ولان المال لا يصلح موجباً لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجراً وجبراً فيتعين وفى الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولى بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعاً للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعى رح تجب لان الحاجة الى التكفير فى العمد اشد منها اليه فى الخطاء فكان ادعى الى ايجابها

لانا نقول لهم ثم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى اقول سؤاله ظاهر الورود وينبغى ان يخطر بال كل ذى فطرة سليمة ولكن لم ار احدا سواه تشمر حول ذكره واما جوابه فمنظور فيه عندى لجواز ان سئل النبى صلى الله عليه وسلم عن حكم العمد فقط بان كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه السلام العمد قود جوابا عن سؤالهم ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله بالحديث المذكور فتفكر **قوله** ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا تشرع لما دون ذلك جعل صاحب العناية قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة تامة وجعل قوله والعقوبة المتناهية لا تشرع لما دون ذلك حجة اخرى فقال فى تقرير الاولى وتقرير حجته ان العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما كان تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقال فى تقرير الاخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا تشرع لما دون العمدية وذلك ظاهر انتهى اقول ليس ذاك بسديد لان صحة الحكم بان العقوبة المتناهية لا تشرع لما دون العمدية موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية اذ لو كانت باقية على اطلاقها لتناولت العمد وشبهه والخطأ فلزم ان يكون القصاص الذى هو عقوبة كاملة مشروعا لما دون العمدية ايضا بمقتضى اطلاقها وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعى ههنا فعلى تقدير ان يكون قوله والعقوبة المتناهية لا تشرع لما دون ذلك حجة اخرى يلزم المصادرة على المطلوب ايضا يلزم حينئذ ان لا يفيد المدعى ما جعله حجة اولى لان نتيجتها على مقتضى تقريره ان العمدية كانت حكمة الزجر عليها اكمل ولا يلزم منها ان لا يتحقق حكمة الزجر فى غير العمد اصلا فيجوز ان يجب القصاص فى غير العمد ايضا زجرا عنه فلا يتم المطلوب فالصواب ان قوله والعقوبة المتناهية لا تشرع لما دون ذلك من تتمة ما قبله والمجموع حجة واحدة وان لفظ ذلك فى قوله لا تشرع لما دون ذلك اشارة الى تكامل الجناية كما ذهب اليه كثير من الشراح او الى توفر حكمة الزجر كما هو الاظهر والاقرب لا الى العمدية كما زعمه صاحب العناية فيفيد مجموع المقدمات ان القود الذى هو عقوبة متناهية لا يجب فى غير العمد كما لا يخفى على ذى مسكة ثم اقول بقى فى كلام المصنف ههنا شىء وهو انه قد تقرر فى كتب الاصول ان مرجع الادلة المذكورة فى علم الفقه باسرها الى القياس وبهذا صححوا انحصار الادلة الشرعية فى اربعة الكتاب والسنة واجماع الامة والقياس فقول المصنف ههنا ولان الجناية بها تتكامل الى آخره راجع الى القياس ففيه تقييد الكتاب بالقياس وهو نسخ لاطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما عرف فى علم الاصول فليتأمل **قوله** ولا يتيقن بعدم قصد الولى بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك يعنى لا يتيقن بعدم قصد الولى لقتل القاتل بعد ما اخذ الدية لجواز ان يأخذها الولى من القاتل بدون رضاه حتى يقتله وهذا جواب عن قول الشافعى لانه تعين مدفعا للهلاك كذا فى الشروح اقول للخصم ان يقول لا شك انه يتعين مدفعا للهلاك شرعا فان القاتل يصير محقون الدم بعده حتى لو قتله الولى بعده يقتص منه وكونه مدفعا للهلاك شرعا يكفى لاخذ الدية من القاتل بدون رضاه اذ الظاهر ان العاقل لا يختار الهلاك المتقرر عند تحقق الخلاص عنه شرعا باداء المال بمجرد احتمال الهلاك عقلا بعد اداء ذلك ايضا فلو اختاره القاتل وامتنع عن اداء المال بعد ذلك سفها والقاء لنفسه فى التهلكة فينبغى ان يحجر عليه ثم اقول لعل الاولى فى الجواب عن قول الشافعى لانه تعين مدفعا للهلاك ان يقال بان هذا تعليل فى مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لا يجوز كما تقرر فى علم الاصول

ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل **قال** وشبه العمد عند ابي حنيفة رح ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجرى مجرى السلاح وقال ابو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي رح اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد بها غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود

قال في العناية اخذا من النهاية قيل هذا الوهم موجود فيما اذا اخذ المال صلحا وقد جاز واجيب بان في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث لان رضى القاتل لا يفيد ورضى الولي موجود في محل النزاع والاولى ان يكتفي في الجواب بقوله ان في الصلح المراضاة اذ لا مانع من الاخذ فيه بعد ما وجد رضى القاتل بخلاف ما نحن فيه انتهى اقول بحثه ساقط لان قوله لان رضى القاتل لا يفيد غير مسلم فان رضاه اذا اجتمع مع رضى الولي يفيد امرا زائدا على رضى الولي وحده فان التصالح والتوافق من الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة وعن هذا قال الله تبارك وتعالى والصلح خير بخلاف رضى الولي وحده فان الانسان كثيرا ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول المجيب والقتل بعده ظاهر العدم وقد كان صاحب النهاية اشار الى ما قلنا حيث قال في بسط الجواب المذكور قلت لا كذلك لانهما لما تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل مندفعا لان للتراضي والتصالح تاثيرا في دفع الشر قال الله تعالى والصلح خير ولما ورد الخير انتفى الشر لا محالة لتضادهما انتهى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وبان الشرع اوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولي وذا في تمكينه من القصاص واخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه اهل الجاهلية من افناء قبيلة بواحد لانهم كانوا ياخذون اموالا كثيرة عند قتل واحد منهم من القاتل واهله لو بذلوا ما ملكوه وامثاله ما رضي به اولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص انتهى اقول فيه نظر اذ للخصم ان يقول انما يكون ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييعا لحكمة القصاص ان لو كان ايجابه في مقابلته على وجه التعيين واما اذا كان ذلك لا على وجه التعيين بل على وجه تخيير الولي بين اخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند خصمنا فلا تضييع لحكمة القصاص اذ للولي حينئذ القدرة على الانتقام وتشفي الصدور باختيار القصاص فاذا لم تخير بل اختار المال كان تاركا للانتقام باختياره فكان كما اذا عفا او صالح في اسقاط ما قدر عليه من حقه **قوله** ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا يناط بمثلها قال تاج الشريعة فان قلت يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فانه كبيرة محضة ومع هذا يجب فيه الكفارة قلت هو جناية على المحل فلهذا لو اشترك حلال لان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد ولو كان جناية الفعل لوجب جزاءان والجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطا انتهى اقول في الجواب بحث اما اولا فلانه لا يدفع السوال المذكور لان مورده مضمون الدليل المزبور وهو ان الكفارة لا تناط على ما هو كبيرة محضة لا اصل المدعى وهو انه لا كفارة في قتل العمد فاذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم ان يشكل الدليل المزبور به سواء كان جناية الفعل او جناية المحل وكون الجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطا انما يفيد لو اورد السوال على اصل المدعى فانه يمكن الجواب عنه حينئذ بان ما قلناه في جناية الفعل دون جناية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى واما ثانيا فلانه قد تقرر في كتب اصول الفقه ان الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل اصلا فلو كان قتل صيد الحرم جناية على المحل لا جناية الفعل لزم ان لا يصلح للكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل اصلا **قوله** ولان الكفارة

ولنا قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة

من التعيين فانها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطا يعني الكفارة في الشرع لدفع الذنب الادنى وهو الخطا لا يعينها لدفع الذنب الاعلى وهو العمد فان كم من شئ يحصل الادنى للقدرة ... الاعلى للنفخ كذا في النهاية وغيرها قال صاحب الغاية فان قال الشافعي قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث ... الاسقع قال اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز ان يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر والعصا الكبيرة سلمنا ... لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء تقتضي ان يكون المذكور كل الجزاء فلو اوجبنا الكفارة ... كان المذكور بعضه وهو خلف انتهى اقول للخصم ان يقول هذا مشترك الالزام اذ القصاص واجب في القتل العمد بالاجماع فلو اقتضى الفاء ان يكون المذكور بعدها كل الجزاء لزم ان يكون القصاص ايضا مذكورا في الجزاء مع انه لم يذكر فيه وان حمل الجزاء المذكور في الآية على الجزاء الاخروي فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف وقيل القصاص جزاء دنيوي فلهذا لم يذكر بعد الفاء فليكن الامر كذلك في شان الكفارة ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بوجهين احدهما ان وجوب القصاص عرف بآية اخرى وهي قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فان دلت اشارة قوله تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها على ان القصاص ليس من اجزاء القتل العمد كالكفارة لتقتضي كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على وجوب القصاص في القتل العمد وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص تترجح على اشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وثانيهما ان القصاص جزاء المحل من وجه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب الاصول واما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجوه على ما تقرر في كتب الاصول ايضا والظاهر من الجزاء المضاف الى الفاعل في قوله تعالى ومن يقتل مومنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها هو جزاء فعله من كل الوجوه فلا يلزم ان يكون القصاص مذكورا فيه بخلاف الكفارة لو اوجبناها وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا نقلا عن المبسوط والاسرار والاوجه ان يحمل الآية على المستحل لان المذكور ... الآية جزاء قتل العمد واذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء الردة ولان زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخا واما ما قيل ... الخلود فعلى معنى انه لو جازاه لجازاه بعد له او على معنى تطويل المدة مجازا يقال خلد فلان في السجن اذا طالت المدة انتهى اقول ليس بشئ من ذينك الدليلين مستوفيين لعدم وجه حمل الآية المذكورة على المستحل بمستقيم اما الاول منهما فلان كون المذكور في تلك الآية جزاء قتل العمد مما لا ينافيه كونه جزاء الردة ايضا على تقدير حملها على المستحل اذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص هو القتل بطريق الاستحلال والعياذ بالله ولا شك ان القتل بهذا الطريق مستلزم للردة فمعنى الآية اذ ذاك بيان جزاء الردة التي سببها القتل المخصوص وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مومنا متعمدا ... من يرتد عن دين الاسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المومن بطريق الاستحلال للارتداد والذي جزاؤه جهنم على الخلود وهذا معنى لطيف ... لا يخفى واما الثاني منهما فلانه لا يلزم من حمل الآية المزبورة على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال حينئذ مدلول

قال وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطاء والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطاء وتجب في ثلث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه

نفس الشرط المنصوص بان يكون المراد من متعمدا معنى مستحلا مجازا بقرينة ذكر الخلود في الجزاء كما ان ائمتنا حملوا متعمدا على هذا المعنى في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ترك الصلاة متعمدا فقد كفر وبان يكون معنى من قتل مومنا من يقتله لكونه مومنا كما ذكره العلامة التفتازاني في شرحه للعقائد فيكون مداره على قاعدة ان ترتيب الحكم على المشتق يقتضي علية الماخذ ولا شك ان قتل المومن لكونه مومنا يقتضي استحلال قتله فيحصل الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ اصلا والعجب من هولاء الاجلاء وهم اصحاب المبسوط والاسرار والنهاية ومعراج الدراية انه كيف خفي عليهم ما ذكرنا قال القاضي البيضاوي في تفسير الآية المذكورة وهو عندنا اما مخصوص بالمستحل له كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده انه نزل في مقيس بن ضبابة وجد اخاه هشاما قتيلا في بني النجار ولم يظهر قاتله فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يدفعوا اليه ديته فدفعوا اليه ثم حمل على مسلم فقتله ورجع الى مكة مرتدا والمراد بالخلود المكث الطويل فان الدلائل متظاهرة على ان عصاة المومنين لا يدوم عذابهم الى ههنا لفظ القاضي **قوله** وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطا اقول الظاهر المتبادر من قوله لشبهه بالخطأ قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطاء او الحاق وجوبها في شبه العمد دلالة بوجوبها في الخطا واما ما كان يرد عليه ان يقال ان يعينها لدفع الذنب الادنى في الشرع لا يعينها لدفع الذنب الاعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطا اذ لا شك ان شبه العمد ايضا اعلى ذنبا من الخطا المحض فان الجاني في الاول قاصد في الضرب بخلاف الثاني وعن هذا قالوا في الاول وموجبه المأثم وفي الثاني ولا اثم فيه فالاولى في بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال والكفارة لانه خطا نظرا الى الآلة فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة الآية انتهى **قوله** والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطا اقول مدلول قوله اعتبارا بالخطاء ان يكون الاصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطا وان يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتا بالقياس على الخطا وليس كذلك بل واضح اذ المصنف قال في اوائل كتاب المعاقل والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه انتهى وقد كانت الجناية في حديث حمل بن مالك شبه عمد لا خطا فان تفصيله على ما ذكره الشراح قاطبة في فصل الجنين من كتاب الديات انه روي عن حمل بن مالك قال كنت بين ضرتين فضربت احدهما الاخرى بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها الذي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ودم مثله بطل فقال عليه الصلاة والسلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني واراجيز العرب قوموا فدوه وهكذا ذكر في المبسوط ايضا ولا ريب ان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ما ذكروا في تفصيل ذلك الحديث انما كان بجناية شبه العمد دون الخطا وكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس فكان الاصل في هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطا فتامل **قوله** ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال جمهور الشراح اراد به قوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك ولكن المعهود من المصنف في مثله ان يقول ما رويناه وقال والحق ان يقال انما قال اسلفناه نظرا الى الحديث المنقطع مع[illegible]

[قـ]ال والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب [ذلك] الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الاية وهي على عاقلته في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم [الـ]قتل اما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح [تعـ]ليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع [الـ]بدن كالمحل الواحد قال وما اجري مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء في الشرع واما القتل بسبب كحافر البير وواضع الحجر في غير [مـ]لكه وموجبه اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي [يلـ]حق بالخطاء في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه [كـ]فارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسبيه فما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة والله اعلم

[بـ]اب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه ؛ قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا

[اقـ]ول فيه كلام وهو ان حاصل المعنى المعقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصاء الكبيرة على العصاء الصغيرة في كونهما غير موضوعين [للـ]قتل ولا مستعملين له ومالك منكر كون القتل بالعصاء والصغيرة ايضا شبه عمد فانه قال لا ادري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطاء اذ لا واسطة بينهما [في] سائر الافعال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه قوله والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه [صـ]يدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا اقول في عبارة الكتاب هنا تسامح فانه قال [في تـ]فسير الخطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا الى آخره وقال في تفسير الخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى ان كل [واحـ]د من نوعي الخطاء غير منحصر بما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزئي من جزئياته وكان اخص منه جدا فلم يصلح لان يكون تفسيرا [لـ]ه لان الظاهر ان يقال في كل واحد منهما وهو نحو ان يرمي او هو كان يرمي اشارة الى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطاء [قصـ]دا كرميه مسلما ظنه صيدا او حربيا وفعلا كرميه عرضا فاصاب آدميا انتهى ثم ان صدر الشريعة قال في شرح الوقاية الخطاء ضربان خطاء في القصد [وخطـ]اء في الفعل فالخطاء في الفعل ان يقصد فعلا فيصدر منه فعل آخر كما اذا رمى الغرض فاخطأ واصاب غيره والخطاء في القصد ان لا يكون الخطاء في [الـ]فعل وانما يكون الخطاء في قصده فانه قصد بهذا الفعل حربيا لكن الخطاء في ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح [والا]يضاح حيث قال ومن قال الخطاء في الفعل ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر فكانه زعم انه شرط في الخطاء في الفعل ان [يصـ]در عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر وليس كذلك فانه اذا رمى عرضا فاصابه ثم رجع عنه او تجاوز عنه الى ما وراءه فاصاب رجلا [تحقـ]ق الخطاء في الفعل والشرط المذكور مفقود في الصورتين ثم انه اخطاء من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فانه اذا سقط من يده خشبة [او لـ]بنة فقتل رجلا يتحقق الخطاء في الفعل ولا قصد فيه انتهى اقول كل من وجهي رده ساقط جدا اما الاول فلان صدر الشريعة لم يشترط في الخطاء في [الفعـ]ل الا ان لا يصدر عنه الذي قصده بل قال فالخطاء في الفعل ان يقصد فعلا فيصدر عنه فعل آخر وهذا اعم من ان يصدر عنه الفعل الذي قصده [ويصـ]در عنه فعل آخر ومن ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده مثال الاول ما ذكره الراد من الصورتين ومثال الثاني وهو الاكثر وقوعا [ما ذكـ]ره صدر الشريعة بقوله كما اذا رمى العرض فاخطأ بل يجوز ان يكون قوله كما اذا رمى الغرض فاخطأ ما يصدق في صدور ما قصده ايضا وعدم [صد]وره كما لا يخفى على ذوي فطانة واما الثاني فلان تحقق الخطاء في الفعل في صورة ان سقط من يده خشبة او لبنة فقتل رجلا ممنوع بل المتحقق هناك [ما اجـ]رى مجرى الخطاء كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لا نفس الخطاء اذ لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره وفي صورة ان سقط من يده شيء فقتل رجلا [لم يصـ]در عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بفعله لا باختياره فصار لا محالة من قبيل ما اجري مجرى الخطاء الى الكلام هنا في نفس الخطاء لا فيما اجري مجرى [الخطاء] فانه قسم آخر من الاقسام الخمسة للجناية سيأتي ذكره مستقلا فيما بعد قوله ولا اثم فيه يعني في الوجهين اقول كان الاولى للمصنف ان يقول [بد]ل [قوله في الوجهين]

يعني في كل واحد من الوجهين ليكون اصلح لارجاع الضمير

[بـ]اب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه لما فرغ من بيان انواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة

أما العمدية فلما بيناه وأما حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الاباحة وتتحقق المساواة **قال** ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه **قال** والمسلم بالذمي خلافا للشافعي رح له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روى ان النبي عليه السلام قتل مسلما بذمي

قوله اما العمدية فلما بيناه من قوله عليه السلام العمد قود ومن ان الجناية بها تتكامل كذا في العناية وغاية البيان وقال بعض الفضلاء ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا انتهى اقول فيه نظر لان قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى انما يدل على وجوب القصاص في القتل واما كون وجوب القصاص في القتل العمد خاصة فلا يدل عليه الآية المذكورة وحدها لاطلاقها وانما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام العمد قود والدليل المعقول كما افصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقال الا انه يفيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اى موجبه ولان الجناية بها تتكامل الى آخره فكيف يتصور ان يندرج قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى في قول المصنف ههنا اما العمدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى تبصر **قوله** وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قال الشافعي جاز ان يكون شبهة الاباحة مانعة لان الرق اثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستامن فكذا اثره اجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستامنين وليس كذلك انتهى اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لان حاصله منع مانعية شبهة الاباحة عن القصاص وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الاباحة في العبد ومن ثم فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة فالصواب في الشرح ان يقال ومعناه ان شبهة الاباحة غير ثابتة في العبد والا لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستامنين **قوله** والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه هذا جواب عما استدل به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد في الآية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو مالا ينفي ما عداه كما في قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفي ان يقتل الانثى بالذكر ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من اراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ما روي عن ابن عباس ان قبيلتين من العرب قتلا وكانت احدهما تدعي الفضل على الاخرى فقالت لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بالعبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم كذا في الشروح اقول لقائل ان يقول ان التخصيص بالذكر وان لم يدل على نفي ما عداه الا ان تعريف المسند بلام الجنس يفيد القصر نحو الكريم التقوى اى لا غيره والامير الشجاع اى لا الجبان ونحو التوكل على الله والامام من قريش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف في علم الادب وقد استدل الائمة الحنفية بهذا على ان موجب القتل العمد القود عينا لا واحد من القود والدية لا بعينه بقوله عليه الصلوة والسلام العمد قود وقالوا وجه التمسك به ان الالف واللام في قوله العمد للجنس فيفيد انحصاره على القود فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه والجواب ان اللام انما يجوز حملها على الجنس اذا لم يكن هناك معهود كما عرف في علم الادب وعلم الاصول ايضا وفي الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فيحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر وقد اشار اليه في الكافي حيث قال بعد ذكر فائدة المقابلة ببيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس **قوله** وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل لان الكفر مبيح لذمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا يكون فتنة اى فتنة الكفر فورث شبهة عدم المساواة انتهى اقول قد حمل الشبهة المذكورة في الكتاب ههنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهر اما اولا فلان المصنف قد صرح قبيل هذا بعدم

ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة

المساواة بينهما على طريق الجزم حيث قال ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية فكيف يتم ان يقول بعده كون الكفر مبيحا يورث شبهة عدم المساواة ويجعله استدلالا اخر فهل لا يكون هذا منافيا لما سبق او مستدركا واما ثانيا فلانه سيقول في الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة وذلك قطعي الدلالة على ان ليس المراد بالشبهة المذكورة ههنا شبهة عدم المساواة اذ لا شك ان قتل الذمي بمثله لا يؤذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمي وانما يؤذن بانتفاء شبهة عدم الاباحة في دم الذمي فالصواب ان المراد بالشبهة ههنا شبهة الاباحة كما هو مقتضى تفريع قوله فيورث الشبهة على قوله وكذا الكفر مبيح وقد صرح بذلك في المسئلة السابقة فحينئذ ينتظم السياق واللحاق بلا غبار كما لا يخفى قوله ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار قال صاحب العناية في حل هذا التعليل ولان القصاص المساواة في العصمة وهي ثابتة نظرا الى التكليف يعني عنده او الدار يعني عندنا انتهى اقول وزعم الشارح المذكور قول المصنف نظرا الى التكليف او الدار الى المذهبين كما ترى فحمل قوله الى التكليف على مذهب الشافعي وقوله او الدار على مذهبنا لكنه محل نظر لان المصنف لما قال في تعليل المسئلة السابقة ولنا ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار قال الشارح المذكور وسائر الشراح ايضا هناك وهي اي العصمة بالدين يعني عنده او بالدار يعني عندنا فقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعي واذا كان المعتبر في ثبوت العصمة عند الشافعي هو الدين فكيف يتم القول ههنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الاسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية في هذا المحل ثم اقول لعل كلمة او في قول المصنف نظرا الى التكليف او الدار بمعنى الواو كما في قوله تعالى بيان كسر عظيمه او كسر عظم من عظامه فيكون المجموع على مذهبنا ويؤيده ما وقع في بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة او وعبارة الكافي والتبيين ايضا فان المذكور فيهما في هذا المقام ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظرا الى الدار والتكليف انتهى فان قلت لم تحمل المجموع على مذهبنا مع انكار كلمة او على اصل معناها قلت لان التكليف وحده لا يقتضي العصمة الموجبة للقصاص الا يرى انه اذا قتل مكلفا ولو كان مسلما في دار الحرب لا يجب القصاص صرح به في عامة المعتبرات فلا بد من ان يكون في دار الاسلام ايضا قوله والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة يعني ان المراد بالكافر في قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر هو الحربي بدليل سياقه وهو قوله ولا ذو عهد في عهده فانه معطوف على مؤمن فالمعنى ولا يقتل ذو عهد بكافر ولا شك ان ذا العهد وهو الذمي انما لا يقتل بالحربي دون الذمي فان جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه فان قيل لم لا يجوز ان يكون المراد بذي العهد في الحديث هو المسلم دون الذمي قلنا لان العطف يقتضي المغايرة فلا جرم يكون المراد بذي العهد المعطوف على المؤمن غير المسلم وقد اشار اليه المصنف بقوله والعطف للمغايرة فان قيل لم لا يجوز ان يكون قوله لا ذو عهد في عهده ابتداء كلام اي لا يقتل ذو عهد في مدة عهده قلنا لان الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه والمراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا في الثاني تحقيقا لمقتضى العطف من المناسبة بين الجملتين هذا جملة ما في الكافي واكثر الشروح في هذا المقام اخذا من المبسوط والاسرار وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من حديث على رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار ان الذي حكاه ابو حنيفة عن علي لم يكن مفسرا [illegible] لان مفسرا لاستدل ما قالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو

قال ولا يقتل المسلم بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التابيد وكذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع

قوله ولا ذو عهد في عهده واليه اشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لاداء الى ان لا يقتل ذو عهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما انزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي واذ لا بد من تقدير حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والا لكان ذلك اعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف الى هنا لفظ العناية اقول فيه خلل من وجوه الاول ان الاعم انما لا يدل على الاخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاخص اي لا يدل الاعم على ان يكون المراد منه هو الاخص وحده وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية لا دلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات الثلث واما من حيث اندراج الاخص تحت ذلك الاعم فيدل عليه قطعا بواسطة دلالته على معناه العام الشامل لذلك الاخص ولغيره ايضا الا يرى انا اذا قلنا كل حيوان متحرك بالارادة فلا شك انه يدل على كون الانسان متحركا بالارادة كسائر الحيوانات لاندراجه تحت الحيوان وكذا حال سائر الكليات بالنظر الى ما تحتها من الجزئيات وهذا امر لا سترة به ففيما نحن فيه لو لم يقدر حربي في المعطوف عليه وكان كافر اعم من الحربي والذمي لدل على ان لا يقتل مؤمن بشيء من افراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي رح فلم يلزم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له على مدعاه كما زعمه الشارح المزبور والثاني ان عدم كون ما فرضناه دليلا له لا يقتضي تقدير شيء في الحديث اذ لا يتبع تعين معنى الحديث جعل الشافعي ذلك الحديث دليلا على مدعاه بل جعله دليلا عليه انما يصح بعد تعين معناه فما معنى الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث بلزوم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له على تقدير عمومه كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور والثالث ان ما عده محذورا وهو ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح دليلا له لازم ايضا على تقدير ان يقدر حربي في المعطوف عليه بمقتضى رايه لان الحربي مباين للذمي لا محالة وعدم دلالة احد المتباينين على الآخر اظهر من عدم دلالة الاعم على الاخص فان لزم من ان يكون كافر في الحديث اعم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح دليلا له فلان يلزم من ان يقيد كافر في الحديث بحربي ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي رح دليلا له اولى فكيف يثبت تقدير حربي على رايه وبالجملة قد صرح الشارح المزبور في توجيه ارشاد المذكور عن سنن الصواب بالكلية فضل عن سبيله ثم ان صاحب الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للمغايرة حيث قال وفي هذا المقام نظر لانا نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام ولا ذو عهد على كافر لانه لو عطف عليه لقتل بالحربي هو عطف على مؤمن ولكن نقول ان الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق فعلم ان المراد من الكافر الحربي انتهى اقول نظره في غاية السقوط لان قول المصنف والعطف للمغايرة ليس لبيان مغايرة ذو عهد في الحديث الكافر حتى يتجه ما توهمه من ان قوله عليه السلام ولا ذو عهد لم يعطف على كافر بل لبيان مغايرته المؤمن ودفع الاحتمال ان يكون المراد بذو عهد في الحديث هو المؤمن ايضا اذ على هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحربي اذ المؤمن لا يقتل بذمي ايضا عند الشافعي رح فلا يسلم التقييد بحربي واما اذا كان ذو عهد مغايرا للمؤمن فكان المراد به هو الذمي تعين ان يكون المراد بكافر هو الحربي والا يلزم ان لا يقتل الذمي بالذمي ايضا مع ان خلافه مجمع عليه فالعجب ان كون مقصود المصنف في قوله

والعطف

ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا ويقتل المستامن بالمستامن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني **قال** ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا اذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال او النساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب والام قربت ام بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط **قال** ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى **قال** ومن ورث قصاصا على ابيه سقط لحرمة الابوة **قال** ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة

والعطف للمغايرة ما ذكرناه مع وضوحه في نفسه يرشد اليه جدا تقرير صاحب الكافي ولبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح **قوله** ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا قال جماعة من الشراح وهو قوله ولا ذو عهد في عهده وحمله صاحب النهاية على قوله لانه ليس محقون الدم على التابيد وعلم لقبيل راي هولاء الشراح حيث قال ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا انه ليس محقون الدم على التابيد وقيل هو اشارة الى قوله عليه السلام ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما روينا ولانا قدرنا ذلك بكافر حربي الا اذا اريد هناك بالحربي اعم من ان يكون مستامنا او محاربا وهو الحق وتعيينا عن السوال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمروي وانما هو تاويل فلم يقل لما روينا الى هنا كلامه اقول في قوله وتعيينا عن السوال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه نظر لانه اذا اريد هناك بالحربي ما هو اعم من المستامن والمحارب يرد السوال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب فان قتل المحارب واجب فما معنى نفيه في الحديث فيحتاج الى الجواب عنه بالوجهين اللذين ذكرهما من قبل وانما يحصل الغنى عن السوال والجواب اذا كان المراد بالحربي هناك هو المستامن فقط كما هو الاحسن وبه جزم صاحب البدائع حيث قال واما الحديث فالمراد من الكافر المستامن لانه قال لا يقتل مومن بكافر ولا ذو عهد في عهده عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم فكان معناه لا يقتل مومن بكافر ولا ذو عهد به ونحن به نقول انتهى **قوله** ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده قال تاج الشريعة فلت خص به عموم الكتاب لانه لحقه الخصوص فان المولى لا يقتص لعبده ولا بعبد ولده وذكر الامام البزدوي ان هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فصلح مخصصا او ناسخا حكم الكتاب انتهى اقول الحق ما قاله الامام البزدوي لا ما قاله تاج الشريعة من عند نفسه لان حاصل ما قاله ان الكتاب في حكم القصاص صار مما خص منه البعض بعد ما خص منه قصاص المولى لعبده ولا لعبد ولده فصار ظنيا فجاز تخصيص قتل الوالد بولده عن عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتلى بالسنة ولو كانت من اخبار الاحاد ولكنه غير تام اذ قد تقرر في علم الاصول ان العام الذي خص منه البعض انما يصير ظنيا اذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول واما اذا كان البعض من العام مخرجا بدليل منفصل عنه فيكون عمومه منسوخا لا مخصوصا ويصير قطعيا في الباقي ولا شك ان ما يخرج به المولى عبده وعبد ولده عن آية القصاص ليس بكلام موصول بها فلا يبقى قطعيتها فلا يجوز اخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد بل لا اقل من ان يكون المخرج حديثا مشهورا كما عرف في اصول الفقه فلا بد من المصير ههنا الى ما ذكره الامام البزدوي **قوله** والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه قال الشراح هذا جواب عما يقال الوارث يستحق القصاص لا الولد فلا محذور فيه فقال صاحب العناية بعد ذلك ولو قال فمن المحال ان يثبت لفنائه لاستغنى عن هذا السوال والجواب انتهى اقول فيه بحث اذ لا يرى جهة مسببية المقتول لفناء القاتل سوى استحقاقه القصاص فلو قال فمن المحال ان يثبت لفنائه فاما ان اراد تسببه لفنائه استحقاقه القصاص فيرد عليه السوال المزبور ويحتاج الى الجواب المذكور واما ان اراد به شيئا سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم **قوله** والجد من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت او بعدت لما بينا

ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا ارى في هذا قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالي به بخلاف تلك المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها

اقول من العجائب ههنا ان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري قلت ذكر الجدة في الهداية من قبل الام ولم يطلقها وذكر فيها الآباء من قبل الرجال والنساء والام ولم يذكر الجدة من قبل الاب اصلا فوقعت لي شبهة في الجدة من قبل الاب وقد زالت بحمد الله بما ذكر في كفاية البيهقي قال ولا يقتل اصول المقتول به وان علوا اخلافا فالمالكي فيما اذا ذبحه ذبحا انتهى وانت ترى ان الجدة من قبل الاب مذكورة في الهداية ههنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة في امرها قوله ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا انتهى اقول فيه خلل لانه اذا كان نصا على نفي استيفاء القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحا من غير السيف وهل يتصور ان يدل كلام واحد على نفي شئ واثباته معا والحق ان يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق الكناية كما اشار اليه المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحبا الكافي والكفاية حيث قالا ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اي لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رض وقال اصحاب ابن مسعود لا قود الا بالسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح انتهى وقال في النهاية فان قيل يحتمل ان يكون المراد من الحديث لا قود يجب الا بالسيف لا ان يكون معناه لا قود يستوفى الا بالسيف قلنا القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعا وان حمل عليه كان مجازا ولان القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والابرة فلم يكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وانما السيف مخصوص بالاستيفاء انتهى وذكر هذا السوال في العناية ايضا ولكن قصر الجواب عنه فيها على الوجه الاول من الوجهين المذكورين في النهاية اقول في ذلك الوجه من الجواب نظر لانه انما يتم ان لو كان مدار السوال على احتمال ان يراد بلفظ القود المذكور في الحديث ما يجب شرعا واما اذا كان مداره على احتمال ان يقدر في الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السوال فلا يتم ذلك اذ لا مجاز حينئذ في لفظ القود فان قلت المصير الى التقدير ليس باسهل من المصير الى التجوز في تحصيل المطلوب وهو نفي العدول الى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الآخر قلت لا محيص عن تقدير شئ على المعنى الذي حملوه عليه ايضا فان معنى الحديث عندهم لا قود يستوفى الا بالسيف كما صرحوا به فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء ومثل ذلك لمعونة المقام ليس بعزيز في كلام البلغاء فلا يتم التقريب قوله ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص اقول اطلق الوارث ههنا ولم يقيده بالحر وقيده في الصورة الآتية بذلك حيث قال وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وكان الاولى ان يعكس الامر فانه اذا كان الوارث ههنا رقيقا فالظاهر ان يجب القصاص للمولى عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح كما في الصورة السابقة لكون حق الاستيفاء حينئذ للمولى خاصة اذ لا ولاية للارقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشتبه من له الحق هناك فانه المولى على كل حال ان مات عبدا فبالملك وان مات حرا فبالولاء واما اذا كانت الورثة ارقاء في الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى بلا ريب اذ لا يتوهم حينئذ كون الورثة احرارا لانه مات عبدا في تلك الصورة بلا ريب فالتقييد بالاحرار يشعر بكون الحكم في الارقاء بخلاف ذلك بناء على ان مفهوم المخالفة معتبر عندنا ايضا في الروايات كما صرحوا به فالاحسن ما ذكره

وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق فى البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن فى يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن فى الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال واذا قتل ولى المعتوه فلابيه ان يقتل

صاحب الكافى حيث قال فى هذه الصورة ولو ترك وفاء وله وارث حر غير المولى فلا قصاص وقال فى الصورة الآتية وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار ولا وجب القصاص للمولى عندهم فان قلت الرقيق لا يكون وارثا لان الرق احد الامور الاربعة التى تمنع عن الارث كما تقرر فى علم الفرائض فلا احتياج الى تقييد الوارث بالحر بل لا وجه له لاشعاره بكون الرقيق ايضا وارثا قلت المراد بالوارث ههنا من كان من شانه ان يرث والرقيق كذلك لانه يرث عند زوال الرق عنه لا من يرث بالفعل فيتحمل التقييد بالحرمة والا يلزم ان لا يتم تقييد الورثة بالاحرار فى الصورة الآتية ايضا مع انها قيدت بها فى الكتاب بل فى اصل الجامع الصغير للامام الربانى **قوله** وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى فى قولهم جميعا قال صاحب العناية و لم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له او له ورثة ارقاء لعدم الفائدة فى ذكره لان حكمه حكم المذكور فى الكتاب انتهى اقول هذا الكلام خال عن التحصيل لان كون حكمه حكم المذكور لا يقتضى عدم الفائدة فى ذكره بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة فى ذكره الا يرى ان اكثر المسائل المذكورة فى ابواب هذا الكتاب و فصوله متحدة الاحكام مع انه لا اهمال لان يستغنى بذكر بعضها عن ذكر الآخر على ان تخصيص من له ورثة احرار بالذكر يشعر بكون الحكم فى غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا فى الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شئ يفيد كون الحكم فى المتروك حكم المذكور بالوجه فى الاعتذار عن ترك ذلك ان يقال ان حكم المتروك ههنا معلوم من حكم المذكور بالاولوية على طريقة دلالة النص فانه اذا وجب القصاص للمولى وحده فى قولهم جميعا فيما اذا كان له ورثة احرار فلان يجب القصاص للمولى وحده فيما اذا لم يكن له وارث اصلا او كان له ورثة ارقاء اولى كما لا يخفى **قوله** بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق فى البعض لا ينفسخ بالعجز قال فى غاية البيان قال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى وليس هذا كالعبد المعتق بعضه اذا مات عاجزا لانه ذكر فى المنتقى عن ابى حنيفة ان لا قصاص لان عجز المكاتب ينفسخ به الكتابة وكانها لم تكن وموت المعتق لم ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص فى بعضه بالولاء وبعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين انتهى اقول فيه نظر لانه قدم من قبل ان اصل ابى حنيفة وابى يوسف هو ان اختلاف السبب الذى لا يفضى الى المنازعة ولا الى الاختلاف الحكم لا يبالى به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا اعتق المكاتب عمدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند ابى حنيفة فى مسئلة معتق البعض اذا مات عاجزا بان المولى يستحق القصاص فى بعضه بالولاء وفى بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اذ لا افضا الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا الى اختلاف الحكم فمن اين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب ثم اقول لعل مراد المصنف بقوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء ما اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالفة هذه المسئلة فى خير قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار الى آخره فحينئذ يصح تتميم ما اجمله المصنف فى تعليله بقوله لان العتق فى البعض لا ينفسخ بالعجز بان يقال فالمولى يستحق القصاص فى البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه فى البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فتبالى باختلافهما للافضا الى المنازعة تامل تقف

قوله واذا قتل ولى المعتوه فلابيه ان يقتل يعنى اذا قتل قريب المعتوه فلاب المعتوه ان يقتل اى له ولاية استيفاء القصاص من القاتل

لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه

قال صاحب العناية في شرح هذه المسئلة واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلابيه وهو جد المقتول دون ابيه غير منحصر في ابن المعتوه بل يعم ابيه وغيره كاخيه واخته لام من غير ابيه وكامه المطلقة من ابيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحتمل التعميم فان ولي المعتوه بمعنى قريبه يعم الكل فلا معنى تخصيص المسئلة مع عموم جزائها وصاحب النهاية اصاب في تفسير ولي المعتوه ولكن افسد بعده حيث قال واذا قتل ولي المعتوه اي قريبه وهو ابنه يعني اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلاب المعتوه وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص انتهى واقتفى اثره جماعة من الشراح والحق ما قدمناه من التعميم وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم ان يحمل ما ذكروه على التمثيل دون التخصيص **قوله** لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح **قال** صاحب الغاية قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فاقول ليس كذلك الشيء لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمه من هو اقرب منه كالاب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمه ولي اقرب منه فاذا كان ثمه اقرب منه فلا يملك الانكاح ايضا لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول عن فرائض الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره الى هنا لفظ الغاية اقول ما نسبه الى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواه ورده عليهم مردود فانه ناش من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح لان معنى المقام انه اذا قتل احد ممن كان له القصاص لحق المعتوه دون حق غيره كان للاب المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كما له ولاية انكاح المعتوه والصبي ومراد الشراح التنبيه على ان ليس كل من يملك انكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الاخ مثلا يملك انكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما بخلاف الاب فانه يملكهما معا وبينوا وجه الفرق بان القصاص شرع للتشفي وللاب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر نفسه فيحصل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ فقول صاحب الغاية لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمه من هو اقرب منه كالاب والابن ان اراد به ذلك باستحقاقه اياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليله بقوله لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ولكن لا مساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام ههنا في ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون ان يستحق القصاص بنفسه اصالة وهو معنى المسئلة التي نحن فيها كما يفصح عنه جدا عبارة المحيط البرهاني فانه قال فيه واذا وجب القصاص لصغير او معتوه في النفس او فيما دون النفس وله اب لا حق للاب في هذا القصاص فان الاب يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا للشافعي انتهى وان اراد بذلك ان الاخ يملك ذلك نيابة عن الغير ايضا وان لم يستحقه بنفسه اصالة فهو ممنوع جدا ولم ار في شيء من كتب الفقه ان احدا ذهب اليه وقال به والدليل الذي ذكروه في الفرق بين الاب وغيره ههنا يقتضي خلاف ذلك قطعا **قوله** وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه **قال** جمهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية انتهى وكذا ذكر الامام الزيلعي في شرح الكنز **وقال** صاحب الغاية قال بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح ابي المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال ولو

قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم

ان يصالح من غير تقييد بالدية فينبغي ان يجوز الصلح على اقل من قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه انفع للمعتوه من القصاص
فانه اجاز استيفاء القصاص فالصلح اولى والنفع يحصل في القليل والكثير الا ترى ان الكرخي قال في مختصره واذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس او
فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان او كثيرا كان ذلك دون دية النفس او ارش الجراحة او اكثر الى هنا
لفظه اقول نظره ساقط فان لاصحاب التخريج من المشائخ صرف اطلاق كلام المجتهد الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما صرحوا به وله نظائر كثيرة في
مسائل الفقه فيجوز ان يكون الامر هنا كذلك الظاهر ان الشراح اخذوا التقييد ههنا من كلام مشائخنا المتقدمين من اصحاب التخريج ولا
ان يصل لبعض من بعض الشراح ايضا الى تلك الرتبة فلا يقدح فيما قالوا اطلاق ظاهر لفظ محمد في هذه المسئلة ثم ان قوله وانما جاز صلحه على
المال لانه انفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله والنفع يحصل في القليل والكثير ممنوع فان في القصاص تشفي الصدر وما دون الدية في
مقابلته تشفي الصدر لا يعد نفعا عرفا وولاية الاب للمعتوه نظرية فلا بد ان يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يعد نفعا عرفا وعادة واما تنويره
بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جدا فان الذي نقله عن مختصر الكرخي ما اذا كان المصالح صاحب حق القصاص نفسه وصلح صاحب الحق
عن حقه على كثير من المال وقليله جائز بلا ريب اذ له اسقاط حقه بالكلية بلا اخذ عوض عنه اصلا فترك بمقابلته مال وان قل اولى بخلاف ما نحن فيه
فان المصالح هنا ولي صاحب القصاص وهو ابوه لا نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا بد في تصرفه من النظر لمن له الحق لكون ولايته
نظرية وبالجملة مدار كلامه هذا ايضا عدم الفرق بين التصرف لنفسه اصالة وبين التصرف لغيره نيابة ثم اقول بقي شيء في اصل الدليل الذي
ذكره المصنف بقوله لانه انظر في حق المعتوه وهو ان الصلح على مال اذا كان انظر في حق المعتوه من القصاص كان ينبغي ان لا يملك
الاب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند امكان المصالحة على المال لان ولاية الاب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه ان يراعي
ما هو الانظر له ويمكن ان يجاب عنه بان كون الولاية نظرية لا تستدعي وجوب العمل بما هو الانظر لان في خلافه ايضا حصول اصل النظر بل انما
يقتضي اولوية العمل بذلك ولم يفت احدا اولوية المصالحة على المال فيما نحن فيه على ان كون المصالحة انظر في حق المعتوه من القصاص من كل الوجوه
ممنوع ودلالة عبارة الكتاب عليه ايضا ممنوعة فيجوز ان يكون المصالحة انظر في حقه من وجه وهو حصول منفعة المال له ويكون القصاص انظر له
من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن نفسه فانهم صرحوا بان المقصود بالقصاص تشفي الصدر او دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما
يشير اليه قوله تعالى ولكم في القصاص حيوة فحينئذ لا يلزم اولوية العمل بالمصالحة راسا فضلا عن وجوبه **قوله** ومن قتل وله اولياء صغار وكبار
قال صاحب النهاية والكفاية في شرح هذا المحل بان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والآخر كبير اقول هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح
لان لفظ الاولياء في المشروح صيغة الجمع وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور تصوير معنى المشروح بان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والآخر
ولا سيما مدة لفظ الاولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار والظاهر في التصوير ان يقال بان كان للمقتول اخوة بعضهم صغار وبعضهم كبار
فيما يمكن في توجيه كلام ذينك الشارحين ان يقال ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته بل مقصودهما مجرد تصوير المسئلة

كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد كملا كما في ولاية
الإنكاح بخلاف الكبيرين لأن احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فإن أصابه بالحديد قتل به وإن أصابه بالعود فعليه الدية قال رضي الله عنه وهذا
إذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وإن أصابه بظهره فعندهما يجب وهو رواية عن أبي حنيفة رح اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه إنما يجب إذا جرح وهو الأصح على ما نبينه
إن شاء الله تعالى وهذا بناء على هذا الحرف في الصنجات والميزان أما إذا ضربه بالعود فإنما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة
فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف أبي حنيفة رح على ما نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي رح وهي مسئلة الموالاة له أن الموالاة في الضربات إلى أن مات
دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا ألا إن قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله
اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا أو بالغا في البحر فلا قصاص
عند أبي حنيفة رح وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي رح غير أن عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولأن الآلة قاتلة فاستعمالها
أمارة العمدية ولا مراء في العصمة وله قوله عليه السلام ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ أرش ولأن الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعمالها
فتمكنت شبهة عدم العمدية ولأن القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص أثره ومنه المقصة للجلم ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان
في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وقد أومت إليه إضافته إلى نفسه وإذا امتنع القصاص وجبت الدية
وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفالة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات
فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فأضيف إليه

على وجه يتضمن الإشارة إلى أنه لا احتياج في تحقق مادة هذه المسئلة إلى تحقق معنى الجمعية لا في جانب الصغير ولا في جانب الكبيرين ولا في مجموع
الجانبين أيضا **قوله** كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين قال صاحب النهاية في شرح قوله أو كان بين المولين أي
واحدهما غائب واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال أقول ليس هذا الشرح صحيح عندي إذ لو كان مراد المص هذا المعنى لكان
ذكر قوله أو كان بين المولين مستدركا محضا إذ تبينا وحينئذ قوله كما إذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب فيستغني عن قوله أو كان بين المولين
وأيضا لو كان مراده ذلك لما قدم قوله واحدهما غائب على قوله بل كان عليه أن يؤخر قوله واحدهما غائب عن ذلك ليتعلق
بمجموع القولين فلا يحتاج إلى التقدير في الثاني والصواب في شرح قوله أو كان بين المولين أن يقال أي واحدهما صغير إذ لا يلزم حينئذ
شيء من المحذورين المذكورين بل يكون كل من قوليه المذكورين إشارة إلى مسئلة مستقلة مغائرة للأخرى ويوافقه صريح ما ذكر في المبسوط فإنه
قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسئلة المولين فيما إذا كان العبد مشتركا بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء
القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق انتهى تبصر **قوله** لأنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة أقول في تمام الاستدلال لعدم
تجزي سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزي القصاص في نفسه خفاء فإن العقل لا يجد محذورا في كون السبب بسيطا والمسبب مركبا كيف
والظاهر أن القرابة التي لا تتجزى كما أنها سبب لاستحقاق ولي القتيل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب أيضا لاستحقاقه الدية في القتل
الخطاء مع أنه لا شك أن الدية تتجزى لأنها مال والمال متجز بلا ريب فالأظهر في بيان كون القصاص حقا لا يتجزى ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية أثناء
تقرير دليل الإمامين وهو أن القتل غير متجز لأنه تصرف في الروح فهو لا يقبل التجزي ثم إن بعض الفضلاء طعن في قولهم ههنا إن سبب القصاص
هو القرابة حيث قال كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة انتهى أقول نعم يثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة أيضا كما صرحوا
مع أن السبب في الزوج والزوجة هو الزوجية وفي المعتق والمعتقة هو الولاء دون القرابة إلا أن الظاهر أن قولهم ههنا وهو القرابة إما بناء على
التغليب لكون أولياء القتيل في الأكثر قرابته وإما بناء على أنهم أرادوا بالقرابة ههنا الاتصال الموجب للإرث دون حقيقة القرابة فيعم الكل
قوله واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملا كما في ولاية الإنكاح قال الشراح وجه أبي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار
والغيب من حيث العفو في الحال وعدمه فإن العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز أن يكون الغائب عفا والحاضر لا يشعر به فلو
استوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز وأما العفو في الصغير فلا يوجد حال استيفاء القصاص لأنه ليس من أهل العفو وإنما يتوهم العفو عنه بعد
بلوغه والشبهة في المآل لا يعتبر لأن ذلك يؤدي إلى سد باب القصاص لاحتمال أن يندم ولي المقتول على قتله وقال في النهاية كذا في مبسوط
شيخ الإسلام والجامع الصغير للإمام المحبوبي أقول لقائل أن يقول إذا لم يكن للغائب شعور أصلا بأن يكون قريبه مقتولا بأن كان في مسيرة
سنة مثلا من موضع القتل فأنى يتوهم منه العفو في الحال إذ العفو عن الشيء فرع الشعور به فحيث لا شعور به لا يتصور العفو عنه ومسئلة الغائب تعم مثل
هذه الصورة أيضا فكيف يتم فيها ما ذكروه من التفرقة ثم أقول يمكن أن يدفع ذلك بأن يجوز أن يقول ذلك الغائب في ذلك الموضع في

قال وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن أنه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لأن هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا إنما تجب الدية إذا كانوا مختلطين فإن كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الأجنبي ثلث الدية لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر أن عند أبي حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه وعند أبي يوسف لا يصلى عليه ذكره في شرح السير الكبير وذكر في الصلوة عليه اختلاف المشائخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا آخر وفعل الأجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم

فصل قال ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أطل دمه ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولأنه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا في مصر أو نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل والعصا الصغير وإن كان يلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر إلى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فإذا قتله كان دمه هدرا قالوا فإن كان عصا لا تلبث يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما قال وإن شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن أبي يوسف أنه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي أنه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولأنه يصير محمولا على قتله بفعله فأشبه المكره ولأبي يوسف أن فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان أما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو تحققا يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا أنه قتل شخصا معصوما أو أتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وإن كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لأن له اختيارا صحيحا وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولأنه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل والله أعلم

تلك الحالة او قبلها كل حق يثبت لي على الغير فاني عفوته ومرئيا منه فيندرج في هذه الكلية عفوه عن قتل قريبه ايضا ولا يلزم الشعور بخصوصه فهذا الاحتمال في صورة ان كان بعض الاولياء غائبا وان كان موهوما يورث شبهة في الحال فلا يستوفى القصاص بها بالاجماع ولعل حمل المقام بهذا الوجه مما لا بد منه وقد اهمله الجمهور **قوله** ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة اقول كان حق التحرير ههنا ان يقول وفيه خلاف ابي يوسف ومحمد لان الحكم المذكور فيما سبق في اصل المسئلة وجوب الدية عند الاصابة بالعود لا وجوب القود عند ذلك وخلاف ابي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثقل لا في وجوب الدية فيه فان وجوبها فيه عين مذهب ابي حنيفة وانما الخلاف فيه لابي يوسف ومحمد وقصور تحرير المصنف ههنا مع كونه ظاهرا جدا لم يتعرض له احد من الشراح لا من جهة القدح ولا من جهة التوجيه وكانهم لم ينتبهوا له **قوله** لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه قال صاحب النهاية وقوله لهم اي الشافعي ولهما لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول انتهى وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال وقوله لهم اي لابي يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول انتهى اقول لا مساعدة في عبارة المشروح لهذا المعنى لان المصنف اعاد لام التعليل في المعقول حيث قال ولان الآلة قابلة وذلك يقتضي ان يكون قوله ولان الآلة قابلة الى آخره معطوفا على قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه فلم يبق في حيز قوله لهم الا الحديث فلا مجال للتوزيع لانه انما يتصور ان لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضي ان يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا الحديث لا يكون الا بمشاركة مجموعهم في كل واحد من الدليلين تامل تقف وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية او للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء ولهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص لا في الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف انتهى اقول وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء انما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه فالعمل باحدهما دون الآخر مع كونه لا يخلو عن اشكال في نفسه لا موجب له لان العمل به في حق الاستيفاء انما يجب ان يترك بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف ان لو ثبت تاخر قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق غرقناه او ثبت كونه اقوى منه وشيء منهما لم يثبت لا يقال يكفي التعارض بينهما فانهما اذا تعارضا تساقطا لانا نقول لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان لا يستوفى القصاص الا بالسيف لان الساقط لا يصلح ان يتمسك به مع ان ائمتنا تمسكوا به في ذلك المطلب واعتمدوا عليه كما مر ثم اقول الاولى عندي في توجيه المقام ان يقال الحديث حجة لابي يوسف ومحمد والشافعي كلهم الا ان الشافعي يبقيه على ظاهره فيحمل التفريق على حقيقته والاماما ان فيحملانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التفريق فيصير معنى قوله عليه السلام غرقناه اهلكناه ويكون التعبير بغرقناه لمشاكلة قوله من غرق وانما يحملانه على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اذ قد تقرر في علم الاصول انه اذا تعارض ظاهر النصين يطلب المخلص مهما امكن في التوفيق والجمع بينهما وههنا المخلص عندهما تيسير بحمل التفريق على الاهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر **قوله** وله قوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطاء ارش اقول في دلالة هذا الحديث على مدعى

باب القصاص فیما دون النفس

قال ومن قطع ید غیره عمدا من المفصل قطعت یده وان کانت یده اکبر من الید المقطوعة لقوله تعالی والجروح قصاص وهو ینبئ عن المماثلة فکل ما امکن رعایتها فیه یجب فیه القصاص وما لا فلا وقد امکن فی القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بکبر الید وصغرها لان منفعة الید لا تختلف بذلک وکذا الرجل ومارن الانف والاذن لامکان رعایة المماثلة قال ومن ضرب عین رجل فقلعها فلا قصاص علیه لامتناع المماثلة فی القلع وان کانت قائمة فذهب ضوءها فعلیه القصاص لامکان المماثلة کما ذکر فی الکتاب تحمی له المرآة ویجعل علی وجهه قطن رطب وتقابل عینه بالمرآة فیذهب ضوءها وهو ماثور عن جماعة من الصحابة رضی الله عنهم قال وفی السن القصاص لقوله تعالی والسن بالسن وان کان سن من یقتص منه اکبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والکبر قال وفی کل شجة تتحقق فیها المماثلة القصاص لما تلونا قال ولا قصاص فی عظم الا فی السن وهذا اللفظ مروی عن عمر وعن عبد الله بن مسعود رضی الله عنهما وقال علیه السلام لا قصاص فی العظم والمراد غیر السن ولان اعتبار المماثلة فی غیر السن متعذر لاحتمال الزیادة والنقصان بخلاف السن لانه یبرد بالمبرد ولو قلع من اصله یقلع الثانی فیتماثلان قال ولیس فیما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه العمد یعود الی الآلة والقتل هو الذی یختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا یختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم یبق الا العمد والخطأ ولا قصاص بین الرجل والمرأة فیما دون النفس ولا بین الحر والعبد ولا بین العبدین خلافا للشافعی فی جمیع ذلک الا فی الحر یقطع طرف العبد ویعتبر الاطراف بالانفس لکونها تابعة لها ولنا ان الاطراف یسلک بها مسلک الاموال فینعدم التماثل بالتفاوت فی القیمة وهو معلوم قطعا بتقویم الشرع فامکن اعتباره بخلاف التفاوت فی البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فیه ویجب القصاص فی الاطراف بین المسلم والکافر للتساوی بینهما فی الارش

ابی حنیفة رح فی مسئلة التفریق خفا کما تری ولم یتعرض احد من الشراح لبیان وجه دلالته علی ذلک والانصاف انه لا یدل علیه دلالة قاطعة وان امکن التوجیه ببعض من التمحلات ولعل هذا هو السر فی ان صاحب الکافی ترک التمسک بهذا الحدیث ههنا بالکلیة واکتفی بالدلیل العقلی مع کون عادته ان یقتفی اثر صاحب الهدایة فی وضع المسائل وبسط الدلائل

باب القصاص فیما دون النفس لما فرغ من بیان القصاص فی النفس شرع فی بیان القصاص فیما دون النفس اذ الجزء یتبع الکل **قوله** لقوله تعالی والجروح قصاص ای ذات قصاص کذا فی التفاسیر والشروح قال الزیلعی فی شرح الکنز ای ذو قصاص اقول لا وجه لتذکیر ذو ههنا الا بتمحل رکیک لا ینبغی ان یرتکب بلا ضرورة سیما فی تفسیر القران العظیم **قوله** ولو قلع من اصله یقلع الثانی فیتماثلان قال صاحب الکافی وعامة شراح الکتاب فی هذا المقام ولو قلع السن من اصله لا یقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما یفسد بذلک لثته ولکن یبرد بالمبرد الی موضع اصل السن وعزاه الشراح الی المبسوط اقول اسلوب تحریرهم ههنا محل تعجب فان احدا منهم لم یتعرض لما ذکر فی الکتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذکروا المسئلة علی خلاف ما ذکر فی الکتاب وکان من داب الشراح التعرض لما فی الکتاب اما بالقبول واما بالرد وکانهم لم یروا اصلا القول الذی نقلته ههنا عن المصنف غیر مذکور فی بعض النسخ لکنه واقع فی کثیر من النسخ لیس فی ثباته ان لا یطلع علیه احد من الشراح کیف وقد اخذه صاحب الوقایة فذکره فی متنه حیث قال ولا قود فی عظم الا السن فیقلع ان قلعت وتبرد ان کسرت وکان ماخذ متن الوقایة هو الهدایة کما صرح به صاحبه وکذا ذکر فی کثیر من المتون ثم ان التحقیق ههنا هو انه اذا قلع سن غیره هل یقلع سنه قصاصا ام تبرد بالمبرد الی ان ینتهی الی اللحم فیه روایتان کما افصح عنه فی المحیط البرهانی حیث قال ان کانت الجنایة بکسر بعض السن یؤخذ من سن الکاسر بالمبرد مقدار ما کسر من سن الاخر وهذا بالاتفاق وان کانت الجنایة بقلع سن ذکر القدوری انه لا یقلع من القالع ولکن یبرد سن القالع بالمبرد الی ان ینتهی الی اللحم ویسقط الباقی والیه مال شمس الائمة السرخسی وذکر شیخ الاسلام فی شرحه انه یقلع من القالع والیه اشار محمد رح فی الجامع الصغیر حیث ذکر بلفظ النزع والنزع والقلع واحد وفی الزیادات نص علی القلع الی ههنا لفظ المحیط **قوله** ولیس فیما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطا قال صاحب العنایة قد ذکره مرة لکنه ذکر هناک انه عمد وههنا انه عمد او خطا فیحمل الاول علی ان المراد به ان امکن القصاص انتهی اقول یرد علیه ان مراد المص لو کان ذلک لما تم ما ذکره صاحب العنایة فی شرح کلام المصنف هناک من قال یعنی لیس فیما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطا فان مقتضی ذلک الشرح ان لا یکون بین کلامی المصنف فی المقامین فرق کما لا یخفی ثم اقول التحقیق ان ما ذکره المصنف ههنا عبارة القدوری وما ذکره فیما سبق عبارة نفسه وان لکل واحدة من العبارتین معنی مغایرا لمعنی الاخری فان ما سبق هکذا وما یکون شبه عمد فی النفس فهو عمد فیما سواها ومعناه ان ما یکون شبه عمد فی النفس وهو تعمد الضرب بما لیس بسلاح ولا ما اجری مجری السلاح عند ابی حنیفة وبما لا یقتل به غالبا عند ابی یوسف ومحمد والشافعی فهو عمد فیما سوی النفس سواء امکن القصاص ام لا به اولم یکن لمانع یمنع عنه فان سقوط القصاص لمانع تقع فی القتل العمد فی النفس کما اذا قتل الاب ابنه عمدا وکما اذا ورث الابن قصاصا علی ابیه فلان یقع فی العمد فی الاطراف اولی ومعنی قوله ههنا انما هو عمد او خطا ان الذی کان فیما دون النفس عمدا او خطا الا ان شبه العمد عمدا او خطا فان ضمیر هو فی قوله انما هو عمد او خطا راجع الی ما کان فیما دون النفس لا الی شبه عمد اذ لا مجال لان یکون شبه العمد خطا لا فی النفس ولا فی الاطراف لان تعمد الضرب معتبر فی مفهوم شبه العمد ولا یتصور ذلک فی الخطا فاذا کان معنی الکلامین فی المقامین مختلفا

قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرء منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضى الثاني الى الهلاك ظاهرا قال واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شئ له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شئ له عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى

بالوجه الذي ذكرناه فلا احتياج الى توجيه ما سبق بان المراد به ان امكن القصاص بل لا وجه له كما تحققته مما قدمناه تبصر قوله ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والاذن بالاذن مطلق تيناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربي والمستامن والنص العام اذا خص منه شئ يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روي عن عمران بن حصين انه قال قطع عبد لقوم فقراء اذن عبد لقوم اغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم تقض بالقصاص انتهى اقول فيه نظر اما اولا فلانه قد تقرر في علم الاصول ان النص العام اذا خص منه شئ بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنيا في الباقي فيجوز تخصيصه بخبر الواحد واما اذا اخرج من النص العام شئ بما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنيا في الباقي بل يكون باقيا على حالة الاولى ولا شك ان مخرج الحربي والمستامن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الاصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد وقد مر منا غير مرة نظير هذا النظر في محاله واما ثانيا فلان حديث عمران بن حصين انما يفيد عدم جريان القصاص في الاطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيما بين الرجل والمراة ولا بين الحر والعبد فبقي الاعتراض باطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم يتم الجواب والصواب عندي في الجواب ان يقال ان الآية المذكورة آية القصاص ينبئ عن المماثلة فالمراد بما في الآية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسير تلك الآية من التنزيل حيث قال ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة واشار اليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا واشار اليه ههنا ايضا حيث قال فينعدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم يكن الآية المذكورة مجراة على ظاهر اطلاقها حتى يكون اطلاقها حجة علينا فيما نحن فيه وكيف يتصور اجراؤها على ظاهر اطلاقها ولا قصاص في العين اذا قلعها بالاجماع لعدم امكان المماثلة في القلع وان معنى النظم الشريف مصروف الى ذلك فاندفع الاعتراض الناشئ من توهم الاطلاق ثم انه يبقى في هذا المقام اشكال قوي ذكر في عامة الشروح وهو ان يقال سلمنا وجود التفاوت في القيمة والاطراف وانه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه ان يمنع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس الا يرى ان الشلاء تقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون يد المراة بيد الرجل ايضا والشراح كانوا في طريق دفعه طرائق قددا قال صاحب العناية فالجواب انا قد ذكرنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب ان يعتبر التفاوت المالي مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي ان لا يعتبر فيما يسلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة ينتفي به المماثلة ينبغي ان يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل يلزم ان يكون باذلا للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالاطراف انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكره من ان التفاوت لما يجب ان يعتبر مانعا مطلقا واما ليس تفاوتا ماليا بل موجبا للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر مانعا من جهة الاكمل ولا يعتبر مانعا من جهة الانقص بحكم يجب لان العلة التي اقامها على ان الثاني لا يعتبر من جهة الانقص هي انه اسقاط والاسقاط جائز في الاطراف دون البذل متمشية بعينها في الاول ايضا اذ لا شك انه كما يجوز للانسان اسقاط حقه في المنفعة يجوز له اسقاط حقه المالي ايضا بلا تفاوت بينهما فينبغي ان لا يعتبر التفاوت المالي ايضا مانعا من جهة الانقص واما ثانيا فلان كون الشلل مما لا يوجب التفاوت المالي ممنوع كيف وقيمة اليد تتفاوت بالصحة والشلل الا يرى ان ارش اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل ارش اليد الشلاء حكومة عدل كما صرحوا به في الديات واشار اليه صاحب العناية

قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف **قال** ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولهما انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها **فصل قال** واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه

ههنا ايضا حيث قال في اثناء تعليل المسئلة التي نحن فيها ولان ارش الاطراف مختلفة فصارت كالصحيح والاشل وقال صاحب النهاية في دفع الاشكال المذكور قلنا نعم اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الاصابع فهو كما قلت يعني يمنع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فانه يمنع استيفاء كل واحد منهما بصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو ان التفاوت اذا كان لمعنى حسي فمن له الحق اذا رضي بالاستيفاء يجعل بقدر ما بالبعض حقه مستوفيا لما بقي وذلك جائز ولهذا لا يستوفي الاكمل بالانقص وان رضي به القاطع لانه يكون بالرضى باذلا للزيادة ولا يكمل استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه للتمكن من الاستيفاء ههنا بطريق اسقاط البعض ولا بطريق البذل انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول وفيه ايضا بحث اذ الفرق بين التفاوت الحسي وبين التفاوت الحكمي في استيفاء الانقص بالاكمل تحكم ايضا فانه اذا تقرر التفاوت بين الشيئين بالكمال والنقصان فصاحب الاكمل ان رضي بان يستوفي الانقص من صاحب الانقص بمقابلة الاكمل يصير مسقطا لبعض حقه مستوفيا لما بقي بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت امرا حسيا او امرا حكميا واما صاحب الانقص فان رضي بان يستوفي منه صاحب الانقص الاكمل بمقابلة الانقص يصير باذلا للزيادة حقه بالضرورة ايضا بلا تفاوت بين كون سبب التفاوت حسيا او حكميا والبذل في الاطراف غير جائز بلا خلاف واما اسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الامور فلا مجال للفرق المزبور فان قلت السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي واسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور قلت لا نسلم ان اسقاط بعض الحق وبذل زيادته فرع التفاوت الحسي الحقيقي فان كثيرا من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان فلا جرم يكون الرضى بالناقص فيما عند استحقاقه الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون ايفاء الكامل منها بدل الناقص بذلا للزيادة كيف ولو لزم ذلك لزم ان لا يتم اصل دليل المسئلة التي نحن بصددها فان مدار ذلك على انعدام التماثل في الاطراف بتحقق التفاوت الحكمي بينها وقال صاحب الكفاية في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى وطرف العبد عن طرف الذكر والحر منع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار امر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذا رضي به صاحب الحق انتهى وتقرب من هذا رأي تاج الشريعة في الفرق بين المسئلتين اقول فيه ايضا بحث لانه ان اريد ان شرع القصاص يعتمد المساواة بحسب الاصل ولا اعتبار للتفاوت بحسب امر عارض يلزم ان يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالناقص وهو الاشل كما يجوز عكسه لانهما متساويان بحسب اصل الخلقة والتفاوت بينهما بحسب امر عارض وهو الشلل مع انه لا يجوز استيفاء الكامل بالناقص بلا ريب وان اريد ان شرع القصاص يعتمد المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء الناقص بالكامل اذا رضي صاحب الحق به لرضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه لا لتحقق المساواة المعتبرة في شرع القصاص فمع ان عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم ان يجوز استيفاء طرف المرأة بطرف الرجل ايضا اذا رضي الرجل به لوجود رضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه في تلك الصورة ايضا مع انه لا يجوز عندنا اصلا فليتأمل حق التأمل فلعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الاشكال عنه بالمرة مما تسكب فيه العبرات

فصل قال في العناية لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية ...ح اتبعه ذلك في فصل على حدة انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان الصلح عن القصاص مسئلة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسئلة وحدها لا يكفي في اتباع جميع مسائله

ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد **قال** وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما على الف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والاصل في هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت

من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى واما ثانيا فلان كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية وموجبها انما يقتضي مجرد اتباعه ذلك وتاخيره عنه لا ذكره في فصل على حدة فما معنى قوله في تالي الشرطية المذكورة اتبعه ذلك في فصل على حدة **قوله** ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا اقول لقائل ان يقول لا يلزم من جريان الاسقاط عفوا فكذلك تعويضا ايضا فيه الا يرى ان للشفيع اسقاط حق شفعته بلا عوض بعد ان يثبت له حق الشفعة ولا يصح ان يصالح عن حق شفعته على مال كما مر في كتاب الصلح فليتامل في الدفع **قوله** واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية اقول في عبارة الكتاب هنا فتور الاول ان كلمة عفا تعدى بعن وقد عداها في الكتاب بمن حيث قال من الدم والثاني ان يقال صالح عن كذا على عوض وذكر في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال او صالح من نصيبه على عوض والثالث ان عبارة النصيب في قوله او صالح من نصيبه توهم تجزي القصاص لان النصيب هو الحصة وقد تقرر فيما مر ان القصاص غير متجز فيثبت كملا لكل واحد من اولياء القتيل فالاظهر في وضع هذه المسئلة ان يقال واذا عفا احد الشركاء عن الدم او صالح عن حقه على عوض سقط حق الباقين في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والتعبير بالنصيب انما صادف المحز في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لان الدية متجزئة لكونها من قبيل الاموال وكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حصته من الارث واما حق التعبير في شان القصاص فان يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب كما نبهنا عليه وعن هذا قال المصنف عند تقرير دليلنا على هذه المسئلة ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى

قوله والاصل في هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين قال صاحب النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما ونقل عن المبسوط والايضاح ما يدل على ان خلاف مالك في الزوجين في الدية خاصة واما في حق القصاص ففيه خلاف ابن ابي ليلى في الزوجين ونقل عن الاسرار ان الشافعي يقول لا حظ للنساء في استيفاء القصاص من حق العفو ثم قال وبهذا يعلم ان ما ذكره في الكتاب من انه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار اقول فيه نظر لان ما ذكر في الكتاب انما يكون مخالفا لرواية تلك الكتب لو كان معناه انه لا حق للزوجين في القصاص والدية جميعا عند مالك والشافعي وهو غير مسلم لجواز ان يكون قول المصنف خلافا لمالك والشافعي في الزوجين متعلقا بقوله وكذا الدية وحده لا بالمجموع قوله والاصل هذا ان القصاص حق لجميع الورثة وكذا الدية ولا يخلو عن نوع اشارة اليه فصل قوله وكذا الدية بذكر لفظة كذا اذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف ايضا لقال والاصل هذا ان القصاص والدية حق جميع الورثة خلافا لمالك والشافعي في الزوجين وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئا لان وجوبه بعد الموت والزوجية تنقطع به انتهى حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك ويوافقه تحرير صاحب الكافي ههنا حيث قال والاصل ان القصاص حق الورثة وكذا الدية وقال مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيئا انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وهو مؤاخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله انتهى اقول بل ما ذكره نفسه ضعيف لان صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكلية بل اراد بيان مخالفته لما في الكتب الثلاثة المعتبرة المقبولة بين الفقهاء لا سيما المبسوط والاسرار فان صاحبيهما من اساطين الائمة ولا نسلم ان المشهور من مذهبي مالك والشافعي ان ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا بل المشهور من مذهبهما ما ذكر

ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب لكل واحد منهما قصاص على حدة من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين وعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذا بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد **قال** واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم

في ذكر في تلك الكتب فالاوجه التوفيق بين ما ذكر فيها وبين ما ذكر في الكتاب بما نبهنا عليه آنفا **قوله** ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم اقول فيه شيء وهو ان هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فانه انما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية في حق الدية ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص والعمدة ههنا هو الثاني وانما ذكر الاخر استطرادا كما ترى **قوله** ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة اقول فيه ايضا شيء وهو ان هذا التعليل وان كان يمشي في القصاص ايضا الا انه لا يمشي فيه الى اصل حقيقة وانما يمشي فيه على اصل ابي يوسف ومحمد فانه سيجيء في اول باب الشهادة في القتل ان القصاص طريقه طريق الوراثة عندهما كالدين والدية واما عنده فطريقه طريق الخلافة دون الوراثة فلا يصح ان يقال من قبله انه حق يجري فيه الارث مع ان المدعي ههنا وهو قوله واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه ائمتنا قاطبة فكيف يتم تعليل المتفق عليه بالمختلف فيه وقول المصنف في تتمته حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجدي نفعا لانه انما يدل على جريان الارث فيه من غير المقتول ولا كلام فيه اذ لا خلاف فيه بين ائمتنا الثلاثة فان حق القصاص هناك يثبت عندهم جميعا للمورث الغير المقتول قبل موته وراثة من المقتول عندهما وخلافة عنه للوراثة عند ابي حنيفة بخلاف المقتول فان حق القصاص لا يثبت له قبل موته عنده بل انما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتشفي الصدر كما ستطلع على تفصيله في بابه والكلام ههنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على اصله طلقا ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا التعليل واما الثاني فلانهما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب ان يكون في حق الزوجين كذلك لان وجوبها اولا للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت الا بان يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت انتهى اقول قد زاد هذا الشارح ههنا نغمة في الطنبور حيث زاد فسادا على فساد لانه مع اثباته في تضاعيف شرحه بما تقرر ان لا يتم هذا التعليل على اصل ابي حنيفة وهو قوله لان وجوبها اولا للميت ثم يثبت للورثة صرح بانهما يعني القصاص والدية موروثان كسائر الاموال بالاتفاق وقد عرفت ان القصاص ليس بموروث من المقتول عند ابي حنيفة بخلاف سائر الاموال فما صرح بالاتفاق فساد فوق فساد والله الهادي الى سبيل الرشاد **قوله** واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لان المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدي وفي النقصان من البخس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا شيء يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكون مثلا للواحد فكيف تكون العشرة مثلا للواحد وايد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن تركنا هذا القياس لما روي ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رض بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم به انتهى كلامه اقول فيه بحث لانه صرح بان هذا القياس مؤيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة وذا لا يجوز بما روي عن عمر رضي الله عنه لان عمر رض ان كان منفردا في قضائه وقوله المزبورين فظاهر ان قول صحابي واحد وفعله لا يصلحان المعارضة لكتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه وان انضم اليه اتباع الصحابة حيث [illegible] ولم ينكر عليه احد منهم فيحصل الاجماع كما صرح به في العناية وغيرها فكذلك اذ قد تقرر في علم الاصول ان

ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شئ لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي رحمه الله يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى

ان الاجماع لا يكون ناسخا للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا لشئ منهما فالحق في اسلوب تحرير هذا المقام ان لا يتعرض بحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما هو مقتضى القياس في هذه المسئلة او ان يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ههنا ويجيء منا الكلام في التوفيق بينهما بعيد هذا القول قوله ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء قال صاحب العناية لقائل ان يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يعارض القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى ان النفس بالنفس والجواب انه قياس على سائر ابواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من افعال العباد ويؤيد على ذلك بقوة اثره الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزي كشخص واحد انتهى كلامه اقول فيه نظر لان جعل الاشخاص المتعددة الذوات في الحقيقة كشخص واحد بمجرد صدور ازهاق الروح الغير المتجزي عن مجموعهم وجعلهم مساوين لشخص واحد بحيث تحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد جدا عن مساعدة العقل والنقل وايضا ينافي هذا ما سيأتي في تعليل المسئلة الآتية من ان الاصل عند ائمتنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد رؤسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندي ههنا ان يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافي ما قالوا في هذه المسئلة اذ لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن ان يقتص النفس بغير النفس كما في قوله والعين بالعين والانف بالانف ونحوهما واما انه هل تحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد النفس في جانب القاتل والمقتول فانما يستفاد ذلك من دليل آخر الا يرى ان العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس مع ان قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظرا الى ظاهر اطلاقه بل انما يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا ههنا تبصر قوله ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص اقول فيه اشكال اما اولا فلان كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال امر متعذر لاستلزامه توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقرر في موضعه واما ثانيا فلان شراح الكتاب وغيرهم صرحوا في الفصل الاول بان جواب المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر في القصاص المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بديهة لكنا تركنا القياس باجماع الصحابة على قتل جماعة بواحد فالقول ههنا بتحقق التماثل في الفصل الاول ايضا ينافي ذلك اذ يلزم حينئذ ان يكون جواب المسئلة هناك جواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال حقيقة بل المراد ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في اعتبار الشرع تحقيقا للمماثلة المعتبرة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت توارد العلتين المستقلتين بالاجتماع على معلول واحد بالشخص ممتنع عقلي واعتبار الشرع ما هو ممتنع الوقوع واقعا مما لا وقوع له في شئ ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا بان شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم الظلم على المتعدي على تقدير الزيادة ولئلا يلزم البخس لحق المتعدى عليه على تقدير النقصان ولا شك ان الظلم والبخس انما ينتفيان بتحقق المماثلة الحقيقية واما في مجرد اعتبار غير المماثل مماثلا فلا يخلو الامر عن الظلم او البخس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في احكام الشرع قوله ولانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اقول [illegible] بحاصل هذا الدليل ... حاصل الدليل الاول ان كل واحد منهم قاتل ... بوصف الكمال فلا وجه

ولان القصاص ما شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به **قال** ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني ويتاتى فيه خلاف الشافعي رح اذ الواجب احدهما عنده **قال** واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رح يقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجز فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث **قال** وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده وياخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي رح في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل وصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب فتستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب اذ الغائب لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا **قال** واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به قال ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطا كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

لجعله دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الاول بقوله ولانه وجد من كل واحد الى اخره ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا الدليل يعني ان القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقين كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما ان يضاف اليها توزيعا او كملا والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا لو قال حلف جماعة كل واحد منهم ان لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا انتهى اقول فيه خلل لانه لا يلزم من ان لا يجوز اضافة القتل الى تلك العلل توزيعا بناء على ان القتل لا يتجزى تعين ان يضاف الى كل واحد منهم كملا بل يجوز ان يضاف كملا الى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فحينئذ لا يتم المطلوب كما لا يخفى ويمكن توجيه مسئلة الحلف بان مدار الايمان على العرف كما صرحوا به في محله فاذا اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف انه قتل فلانا وان كان القتل في الحقيقة كملا مضافا الى مجموعهم من حيث هو مجموع فجاز ان يحنث كل واحد منهم في مسئلة الحلف على العرف واما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم اقول كل واحد من ذينك الدليلين المذكورين في الكتاب انما يمشيان فيما اذا حضر اولياء المقتولين وقتلوا القاتل جملة واما فيما اذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقين كما ذكر ايضا في الكتاب فلا يمشي شيء منهما اذ لا يتصور ان يقال لاحد من الباقين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل اصلا انه قاتل فضلا عن ان يقال انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور ان يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح صالح للازهاق فينبغي ان يجب الباقين المال في هذه الصورة فليتامل **قوله** ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به اقول فيه كلام وهو ان تحقيق الاحياء حكمة القصاص وبمجرد حصول حكمة لا يتم امره بل لا بد من حصول شرائطه ايضا ومن جملتها المماثلة الا يرى انه لا يقتل المسلم ولا الذمي بالمستامن وكذا لا يقتل احد بولده ولا بولد ولده ولا بعبده ولا بمدبره ولا بمكاتبه الى غير ذلك مع ان حصول تحقيق الاحياء متصور في جميع ذلك انما لا يجب القصاص في تلك الصور لانتفاء بعض شرائطه او لتحقيق بعض موانعه وعند الشافعي رح ان قال فيما نحن فيه ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذي هو مبنى القصاص كيف يتم ان يقال في مقابلته قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكتفى به ولعل صاحب الكافي فهم ضعف هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته ان يقتفي اثر صاحب الهداية **قوله** لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطا قال صاحب العناية هو خطا في القصد اقول هذا خبط ظاهر اذ قد مر في الكتاب ان الخطا على نوعين خطا في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطا في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا ولا شك ان ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا **قوله** والفعل يتعدد بتعدد الاثر قال صاحب العناية قيل فان الرمي اذا اصاب حيوانا ومزق جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتلا وان اصاب الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة الى آخر خطا وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسامي مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه انما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى اقول نظره ساقط اذ لا يخفى ان ما ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بحيثيات مختلفة باسامي مختلفة متضادة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيثية واحدة بتلك الاسامي المختلفة الا يرى ان الرمي من حيث انه اصاب الكوز لا يسمى جرحا ولا قتلا بل يسمى كسرا وكذا من حيث انه اصاب حيوانا ومزق جلده او قتله لا يسمى كسرا بل يسمى جرحا او قتلا واذا تقرر ان اختلاف تلك الاسامي باختلاف الاوصاف المنضمة الى ذلك الفعل تقرر اختلاف مسميات تلك الاسامي ايضا فكان مناسبا لما نحن فيه مفيدا له ثم ان قوله وانما الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين

فصل قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده خطأ او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأ ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفى بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا فيجتمعان **قال** ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف رح في مثله حكومة عدل وعن محمد رح انه تجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له اثر تجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس **قال** ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر والقتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان

متضادين ان اراد به ان الكلام فيه بل لا نسلم امكان ذلك ان اراد به ان الكلام في ان تعدد الفعل الواحد بتعدد الاوصاف المتضادة المنضمة اليه فهو مسلم لكن هذا التعدد تحصيل قطعا بتعدد الاسامي تعدد وانا شيئا من تعدد المسميات بالحيثيات المختلفة كما هو الواقع ومراد ذلك القائل كما عرفت انفا ثم قال صاحب العناية و لقائل ان يقول الخطأ يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون امرا دائرا بين الحظر والاباحة ولم يوجد بينا والجواب ان الخطأ هو تحقق الجناية في انسان مخالف لظن الجاني كمن رمى الى شيء يظنه صيدا فاذا هو انسان او لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لهما كالرمي لا الى معين وذلك مباح لا محالة انتهى اقول في تحرير جوابه نوع خلل فان تمثيل قوله او لقصده مطلقا بقوله كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذي نحن فيه يشعر بان يكون الاصابة لانسان عند الرمي الى هدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطأ في القصد وليس كذلك قطعا اذ كل منهما من قبيل الخطأ في الفعل كما بينا من قبل

فصل لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين لان الاثنين بعد الواحد كذا في الشروح **قوله** ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده الى آخره اقول لقائل ان يقول اذا اختلف حكم الفعلين بان يكون احدهما عمدا والآخر خطأ يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تخلل بينهما البرء او لم يتخلل كما سينكشف في الاصل الآتي ذكره فيكون قوله قبل ان تبرأ يده في وضع هذه المسألة مستدركا لتمام جوابها وهو ان يؤخذ بالامرين جميعا بدون ذكر ذلك القيد بل يوهم ذكره ان لا يكون الجواب كذلك فيما بعد ان تبرأ يده بناء على ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وعن هذا قال في وضع المسألة الثانية او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد ثم اقول يمكن ان يقال فائدة ذكر ذلك القيد في المسألة الاولى التنبيه من اول الامر على ان تخلل البرء ليس بمؤثر فيما اذا اختلف الفعلان فانهما اذا اعطي كل واحد منهما حكم نفسه فيما اذا لم يتخلل البرء ففيما اذا تخلل ذلك اولى وبهذا يندفع ان لا يكون الجواب فيما اذا تخلل البرء كالجواب فيما اذا لم يتخلل فان تخصيص الشيء بالذكر انما يدل في الروايات على نفي الحكم عما عداه ان لم يكن ما عداه اولى بثبوت الحكم المذكور له واما اذا كان اولى بذلك فيدل على اشتراك ما عداه معه في الحكم المذكور بالاولوية بطريق دلالة النص بلا ريب وما نحن فيه من هذا القبيل ثم انه لما حصل التنبيه على ذلك في المسألة الاولى حصل الاستغناء عنه في المسألة الثانية لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها ثم لما جاء الى المسألة الثالثة والرابعة قيدهما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمدا وخطأ فيهما فلا بد في الاخذ بالامرين جميعا من تخلل البرء في البين **قوله** فصار كتخلل البرء قال بعض الفضلاء منقوض بما اذا كانا خطأ اقول كيف يكون منقوضا بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعد حيث قال وبخلاف ما اذا كانا خطأين وعلله بتعليلين باين فتعليلي ابي حنيفة اذا كانا عمدين وتعليله الثاني وهو قوله ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل الى آخره وقع قطعا لتوهم انتقاض قوله فصار كتخلل البرء بما اذا كانا خطأين تامل تفهم وقال صاحب معراج الدراية فان قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي ان لا يكون للامام خيار كما لو تخلل البرء قلنا المسألة مجتهد فيها فالقاضي يقضي على وفق رأيه

اذا لم يتخلل

ان يدل

ولان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا ولو ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل حقيقة فيجب ضمانه وكان ينبغى ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا ان فى الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهى دارئة للقود ولا نسلم ان السارى نوع من القطع وان السراية صفة له بل السارى قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح فى العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد فى هذه الوجوه وفاقا وخلافا اذ بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال

انتهى اقول فى الجواب نظر فان قول المصنف بعد بيان خيار الامام وهذا عند ابى حنيفة يأبى هذا الجواب جدا فان قضاء القاضى فى المسئلة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول ابى حنيفة فقط بل صاحباه ايضا يقولان به كما لا يخفى على العارف بمسائل الفقه ثم ان هذا كله على تقدير ان يكون الخيار للامام عند ابى حنيفة واما اذا كان الخيار للولى عنده كما ذكره شمس الائمة السرخسى ونقل عنه الشراح قاطبة حتى قال صاحب الغاية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه ان يبين لهم ان لهم الخيار فلا تمشية راسا للسؤال على الوجه المذكور نعم يرد ان يقال فما معنى قول ابى حنيفة فى هذه المسئلة بان للولى الخيار مع الجزم فى المسائل السابقة بان يؤخذ بالامرين جميعا وعلة تعذر الجمع متحققة فى الكل عنده بلا تفاوت كما تبين فى الكتاب **قوله** ولان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر وكان العفو عنه عفوا عن نوعيه اقول اسلوب التحرير يقتضى ان يكون ما سبق دليلا تاما لهما وهذا ايضا دليلا آخر مستقلا لهما لكن لا يخفى على الفطن ان ما سبق لا يتم دليلا لهما بدون انضمام هذا اليه اذ لم يتقرر ان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر لا يتقرر كون القتل احد موجبى القطع فانه اذا لم يتناول اسم القطع السارى ايضا لا يتصور كون القتل احد موجبى القطع اذ لا يحتمل ان يكون القطع المقتصر موجبا للقتل ايضا تدبر **قوله** وكان ينبغى ان يجب القصاص وهو القياس قلت وكان ينبغى ان يقول وكان الظاهر ان يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغى ان يجب القصاص لان الذى ينبغى هو موجب الاستحسان دون موجب القياس الا ان موجب القياس هو الظاهر فى بادى الرأى **قوله** ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد فى هذه الوجوه وفاقا وخلافا قال جمهور الشراح فى بيان هذه الوجوه وهى الوجوه الاربعة التى هى العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية انتهى اقول ليس هذا بسديد لان معنى كلام المصنف ههنا ان محمدا اجرى القطع خطأ مجرى العمد فى هذه الوجوه المذكورة فى المسئلة المارة التى هى من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشجة لم يكن مذكورا فى كلام محمد فى الجامع الصغير قط وانما ذكره فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الاختلاف فى الضرب والشجة والجراحة فى اليد وما اشبه ذلك وكذا ذكره المصنف فى الهداية دون البداية حيث قال وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات والمصنف ههنا بصدد بيان ما يتناوله كلام محمد فى المسئلة المارة التى هى مسئلة الجامع الصغير فكيف يتصور درج العفو عن الشجة فى مضمون ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه بقوله فقد اجراه مجرى العمد فى هذه الوجوه بما يشمل العفو عن الشجة ايضا فالوجه ان مراد المصنف بهذه الوجوه نفى الوجوه الثلثة وهى العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الجناية لان هذه الثلثة هى المذكورة فى مسئلة الجامع الصغير واما العفو عن الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطرادا وبين ان حكمه كحكم ما ذكر فى مسئلة الجامع الصغير اخذا مما ذكره فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير **قوله** اذ بذلك اطلاقه اى اطلق بذلك اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفى المقطوعة يده عن القطع حيث لم يتعرض للعمد ولا للخطأ فكان متناولا لهما كذا فى عامة الشروح قال صاحب الغاية بعد ان شرح المقام كذلك هذا تقرير ما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لان محمدا قيده بالعمد فى اصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته وكذلك قيد الفقيه ابو الليث وفخر الاسلام والصدر الشهيد وغيرهم فى شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذ دعوى الاطلاق انتهى واما ما عدا صاحب الغاية من الشراح فقالوا ههنا واجابوا حيث قالوا فان قيل لا نسلم ان لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد دليل جواب العمد وهو قوله فعلى القاطع الدية من ماله فانه تبين ان مراده العمد لان الدية فى الخطأ على العاقلة قلنا وضع المسئلة مطلق بلا شك اذ القيد غير ملفوظ لكن الجواب انما هو لاحد نوعى القطع فتقديره فعلى القاطع الدية فى ماله ان كان القطع عمدا انتهى كلامهم اقول لا يذهب عليك ان جوابهم هذا لا يسمن ولا يغنى من جوع اذ لا شك ان مقصود المصنف ههنا بيان اجراء

لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث

قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رح لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما بينا ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف وفي هذه الصورة

مجرى القطع خطأ مجرى العمد في احكام هذه الوجوه وفاقا وخلافا ولا ريب ان حكم المسئلة انما يؤخذ من جوابها واذا كان الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصا بصورة العمد فكيف يؤذن مجرد اطلاق وضع المسئلة اشتراك نوعي القطع في الحكم اذ لو اذن ذلك اشتراكهما في الحكم المستفاد من الجواب وقوله في ماله يأبى عن ذلك لا محالة فلا يؤذن للاشتراك قط فلم يتم قول المصنف اذن هذا الاطلاق فتأمل قوله لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال قال في العناية فيه بحث وهو ان القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه ان المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا لقوله عليه السلام لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس تركهم اغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لينصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث انتهى اقول في تقرير البحث المذكور خلل فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك اما الاول فلانه سيجيء في اول باب الشهادة في القتل ان القصاص يثبت لورثة القتيل ابتداء لا بطريق الوراثة من المقتول عند ابي حنيفة واما عندهما فيثبت للقتيل ابتداء ثم ينتقل بموته الى ورثته بطريق الوراثة كالدين والدية فقوله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الفصل السابق وثبت بطلانه هناك ايضا فتذكر واما الثاني فلانه لم يقع التعرض فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عند امامنا الاعظم بل سبق الكلام فيه على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق الا يرى الى قوله في خاتمته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث قوله اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة تعلق به فيعتبر من الثلث قال جمهور الشراح فان قيل القاتل واحد من العاقلة فكيف جوز الوصية بجميع الثلث ههنا حتى صح في نصيب القاتل ايضا مع ان الوصية لا تصح للقاتل قلنا انما جوز ذلك لان المجروح لم يقل اوصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان متبرعا مبتدأ وذلك جائز للقاتل الا يرى انه لو وهب له وسلم جاز انتهى كلامهم واورد بعض الفضلاء على قولهم الا يرى انه لو وهب له وسلم جاز بان قال فيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجيء في كتاب الوصية انتهى اقول ان اراد ان الهبة في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع الا يرى ان الهبة عقد منجز والوصية عقد معلق بالموت كما صرحوا به وان اراد انها في حكم الوصية في بعض الوجوه لكونها معتبرة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم لكن لا يلزم منه ان لا يصح هبة المجروح للقاتل كعدم صحة وصيته له فلا يجدي قدحا فيما ذكره الشراح في تنوير جوابهم قوله ثم القطع ان كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا قال جماعة من الشراح فان قيل القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة في الاطراف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص قلنا الموجب الاصلي في العمد القصاص قضية للاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص الا انه تعذر الاستيفاء لقيام التفاوت المانع وهو بين في الرجل والمرأة انتهى اقول في الجواب نظر لان اطلاق قوله والجروح قصاص في مثل ما نحن فيه ممنوع فان القصاص ينبئ عن المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة لا يتصور فيه القصاص عن هذا اذا قطع رجل يد رجل عمدا من غير المفصل لا يجب القصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة وقد حقق المصنف هذا المعنى في اول باب القصاص فيما دون النفس بصدد الاستدلال بقوله تعالى والجروح قصاص على وجوب القصاص في قطع يد غيره عمدا من المفصل وقد تقرر فيما مر انه لا مماثلة بين الرجل والمرأة في الاطراف فلا يندرج في قوله تعالى والجروح قصاص ولئن سلم ذلك لزم ان ينتقض الجواب المذكور بما اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاقتصر القطع فانه تصح التسمية فيه ويصير ارش اليد وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع صرح به الشراح قاطبة في اول هذه المسئلة وعزاه جماعة منهم الى الامام قاضي خان والامام المحبوبي وقالوا اشار اليه المصنف بقوله ثم مات

واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل ترده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فتكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه

ولو كان الموجب الاصلي هو القصاص في العمد الواقع بين اطراف الرجل والمراة ايضا لزم ان يكون التزوج في صورة الاقتصار ايضا تزوجا على القصاص فلزم ان لا يتم ما صرحوا به من صحة التسمية ولزوم الارش مهرا لها بالاجماع في تلك الصورة كما لا يخفى وقال صاحب العناية وتاج الشريعة فان قيل الجواب في الاطراف بين الرجل والمراة هو الارش وارش اليد معلوم فهو خمسة آلاف درهم فما المانع عن ان يكون هو المهر قلنا ارش اليد ليس بمتعين لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا فيجب مهر المثل انتهى اقول في جواب هذا السوال ايضا نظر فانه ينتقض ايضا قطعا بالتزوج على يده في صورة الاقتصار فان ارش اليد يصير مهرا لها هناك بالاجماع كما صرحوا به مع تحقق الجهالة الناشئة من عدم تعيين ارش اليد هناك ايضا ثم اقول لو قال المصنف في تعليل صورة العمد ايضا من مسئلتنا هذه مثل ما قال في صورة الخطأ ههنا من ان يكون هذا تزوجا على ارش اليد اذ القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمراة في العمد ايضا عندي واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان سالما عن ان يرد عليه السوالان المذكوران ولم يحتج الى جوابهما المذكورين في الشروح المتكلفين كما بيناه آنفا **قوله** واذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية قال في النهاية فان قلت لم يجب القصاص ههنا على المراة مع ان القطع كان عمدا وهو قتل من الابتداء فانه لما مات ظهر ان الواجب هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهرا لان القصاص لا يصلح مهرا لانه ليس بمال والمهر يجب ان يكون مالا ولما لم يصلح القصاص مهرا صار كانه تزوجها ولم يذكر شيئا وفيه القصاص فكذا ههنا قلت نعم كذلك الا انه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمراة ولو استوفت المراة القصاص انما يستوفي عن نفسها لنفسها وذلك محال فان الانسان لا يتمكن من استيفاء القصاص عن نفسه لنفسه لان الشخص الواحد لا يصلح ان يكون مطالبا للقصاص ومطالبا به فسقط القصاص لاستحالة الاستيفاء واذا سقط القصاص بقي النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما اذا لم يسم ابتداء انتهى اقول لا السوال شيء ولا الجواب اما الاول فلان وجه عدم وجوب القصاص ههنا على المراة ظاهر من قول المصنف والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه فانه اشارة الى ما ذكره فيما قبل من ان وجوب الدية ههنا دون القصاص على موجب الاستحسان فان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود فلم يبق محل السوال عن لمية عدم وجوب القصاص ههنا على المراة واما الثاني فلان القصاص الذي جعل مهرا وجعل ولاية استيفائه للمراة انما هو قصاص اليد دون قصاص النفس كما افصح عنه قول المصنف فيما قبل يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف واذا سرى تبين انه قتل النفس فلم يتناوله ولاية المراة للعلة التي ذكرها المصنف في عدم تناوله العفو الذي تضمنه التزوج فيبقى السوال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المراة بعد ان تبين ان قطعها صار قتل النفس واما ما ذكر في الجواب المزبور اذ لم يجعل احد ولاية استيفاء قصاص النفس للمراة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفائها القصاص عن نفسها لنفسها **قوله** واذا كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المحل قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر مثلها قوله ولهم ثلث ما ترك وصية اي وللعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية انتهى اقول في التفسير الثاني خلل فان المصنف فصل فيما بعد حال الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وعلى ذلك التفسير يلزم ان لا يتناول الكلام المصنف ههنا الصورة الاولى من الصورتين اللتين ذكرهما فيما بعد فان ما يكون وصية لهم في الصورة الاولى منهما جميع ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية لا ثلثه فقط كما لا يخفى وقال صاحب الغاية قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك

وقال ابو يوسف ومحمد رح كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف من عليه القصاص وعن ابي يوسف رح انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا عفا وما برأ او ما عفا وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه ومآل القصاص في النفس ... ولا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو والاعتياض لانه تصرف فيما قبل ... بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى قلنا انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطعه وما عفا وبرأ الصحيح انه على هذا الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه قال ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال

لهم انتهى اقول مآل هذا ايضا ما ذكره صاحب النهاية والعناية وان كانت العبارة مغايرة في التفسير الثاني فانه لما بين ما ترك الميت في قوله ثلث ما ترك الميت بقوله من الدية تعين ان مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكراه من انه يجوز ان يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم ان لا يتأدى كلام المصنف ههنا على التفسير المزبور ثم اقول في كلام المصنف هنا احتمال آخر وهو ان يكون معناه وللعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين الآتيتين في التفصيل معا لان جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز ان يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه ايضا انه يجوز ان يكون ثلث جميع ماله اكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز ان يكون اكثر من كل الدية فلا يصح حينئذ قوله وصية لان ما يكون وصية للعاقلة انما هو مقدار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير وبالجملة عبارة المصنف ههنا ليست بخالية عن القصور في افادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوي الرشاد فالاولى في تحرير المقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطاء دفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم فان خرج من الثلث سقط والا سقط ثلث ماله انتهى تامل **قوله** وقال ابو يوسف ومحمد رح كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين اي في التزوج على اليد وما يحدث منها وعلى الجناية كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب وزاد صاحب العناية على ذلك شيئا في شرحه حيث قال يعني التزوج على اليد اذا كان القطع خطاء وفي التزوج على اليد وما يحدث منها وعلى الجناية انتهى وتبعه الشارح العيني اقول ليس ذاك بشيء اذ لا وجه لتقييد القطع في الفصل الاول بالخطاء فان الظاهر من كلام المصنف ههنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطاء نقدا جراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا وكذا مما ذكر في عامة الكتب من المتون والشروح ان يكون الجواب عندهما في العمد والخطاء في الفصلين سواء ولقد صرح به هنا صاحب الغاية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال فاما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطاء كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه وعلى الجناية لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى **قوله** ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه قال صاحب العناية ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه لما سيجيء انتهى اقول هذا الكلام منه هنا كلام خال عن التحصيل لانه ان كان مقصوده منه مواخذة المصنف بانه ترك ذكر تلك الصورة مع كون ذكرها ايضا مما يهم فلا وجه له اذ قد ذكرها ايضا فيما بعد وان كان مقصوده منه مواخذة المصنف انه لم يذكر تلك الصورة هنا مع كون حقها ان تذكر هنا فليس كذلك فان تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس وليس كذلك المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس ايضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وآخر تلك الصورة عنها وان كان المقصود منه مجرد بيان حكم تلك الصورة ايضا دون مواخذة المصنف بشيء فلا فائدة فيه اذ قد بين المصنف حكمها فيما سيأتي مفصلا ومدللا فيلغو بيان ذلك الشارح ههنا **قوله** ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال صاحب الاصلاح والايضاح وفيه اشكال لما مر ان صورة العفو يكفي في سقوط القود لانها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما اذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا ثمه الى المقدمة القائلة انه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى اقول جوابه انه قد تقرر عندهم ان الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة ففيما نحن فيه يكون الابراء عن النفس شبهة الشبهة لان الاقدام على القطع لا يقتضي الفراغ عما وراءه راسا لجواز ان يستوفي القتل ايضا بعد القطع يمكن له القود ويستوفي طرف من عليه القود ثم يقتله فتحققت شبهة ثم ان الفراغ عما وراء القطع لا يقتضي الابراء عنه ايضا لجواز ان يفرغ منه ظنا ان حقه في القطع لا ابراء عما وراءه فتحققت

بخلاف ما تقدم من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر لهما ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه للمقتول كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة الا ترى ان ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة وتعقل بها صيد بعد موته يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكن اثباته على الغائب فانتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك العبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا الذي بيناه قال فان كان الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق في حقه ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص لما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار صاحب فراش حتى مات

شبهة بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما اذا عفا عن القطع ثم مات منه فان العفو عن القطع هناك متقرر لا شبهة فيه وانما بقيت شبهة ان يكون العفو عن القطع عفوا عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة وارثة فافترقا تأمل فان هذا معنى عميق وفرق دقيق **قوله** بخلاف ما تقدم من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها اقول فيه تساهل لان من تلك المسائل ما لا يجب فعله لا تقلدا ولا عقدا وهو المامور بقطع اليد فان المراد به ما اذا قال اقطع يدي فقطع فسرى الى النفس فمات كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف او عقدا كما في غيره منها فان العقد انما يتحقق في النزاع والحجام منها دون المامور بالقطع مع انه غير الامام وانه من تلك المسائل ايضا ولا يجدي التشبث بالتغليب نفعا ههنا لان قوله بعده والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة لا تمشي في تلك المسئلة اذ لا يجب على المامور بالقطع القطع بل هو تبرع منه كما لا يخفى فيلزم ان يكون الدليل المذكور في الكتاب قاصرا عن افادة الفرق في حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق في حقها ايضا بان يقال لما فعل المامور بالقطع ان الامر انتقل حكم الفعل الى الامر فصار كما لو قطع يد نفسه وفي ذلك لا ضمان لكن الكلام في قصور عبارة الكتاب عن افادة تمام المرام وهذا مما لا ريب فيه

باب الشهادة في القتل لما كانت الشهادة في القتل امرا متعلقا بالقتل اورده ههنا بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشيء كان ادنى درجة من نفس ذلك الشيء **قوله** ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعيد قال في العناية والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لابي حنيفة رح تمسك بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا للتدافع انتهى اقول فيه بحث لان ما تمسكا به لا ينتهض حجة على ابي حنيفة رح وما تمسك به ينتهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع بين التمسكين وذلك ان القصاص وان كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على ان القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من اهل ان يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرك الثار والميت ليس باهل لذلك لكنه حق للمورث ايضا عنده باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجناية في حق المورث وقد صرح في كثير من الشروح فابو حنيفة رح راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط اعادة البينة اذا حضر الغائب احتيالا للدرء وراعى في مسئلة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقا للمورث فقال بصحة العفو منه احتيالا للدرء ايضا واما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته الى الوارث بطريق الوراثة كسائر املاكه فيتجه عليهما المؤاخذة بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا بالاجماع فتدبر **قوله** وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وان كذبهما فلا شيء لهما اي وان كذبهما المشهود عليه معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل الدية كاملة بينهم اثلاثا ثم قال وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا فحينئذ كان معنى قوله وان كذبهما اي وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية ايضا الا انه جعل النسخة الثانية اصلا على عكس ما في النهاية وقال والاول اصح اقول مدار ما ذكرا في شرح المقام على انهما فهما على ان مراد المصنف بقوله معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وكذا بقوله في النسخة الاخرى معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا

وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلد او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان ومكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري باي شئ قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شئ قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحتمل اجمالهم الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه او ولو اكذبوهم في نفي العلم بظاهر ما وردت باطلاقه في اصلاح ذات البين

بيان الكلام المقدر في عبارة الجامع الصغير هو قوله وان كذبها فلا شئ لها فيعلم ان كذبها في قوله وان كذبها فلا شئ لها ضمير راجع الى المشهود عليه على نسخة معناه اذا كذبها القاتل ايضا وضمير راجع الى القاتل نسخة معناه اذا كذبها المشهود عليه ايضا وهذا لا يتصور الا بان يكون مراد المصنف في النسخة الاولى ان جملة اذا كذبها القاتل ايضا مقدرة في عبارة الجامع الصغير فتقديرها وان كذبها المشهود عليه فلا شئ لها اذا كذبها القاتل ايضا وفي النسخة الاخرى ان جملة اذا كذبها المشهود عليه ايضا مقدرة فيها فتقديرها وان كذبها القاتل في شئ لها اذا كذبها المشهود عليه ايضا لكن ليس ما ذهبا اليه بسديد اذ يأباه قطعا قول المصنف معناه لان المقدر لا يكون معنى المذكور والحق عندي ان مراد المصنف بيان اعتبار مجرد قيد ايضا في عبارة الجامع الصغير هنا كما انه بين قبيله اعتبار قيد وحده في عبارته حيث قال معناه اذا صدقها وحده فمراده على النسخة الاولى ان معنى قول محمد في الجامع الصغير وان كذبها اذا كذبها القاتل ايضا اي مع المشهود عليه كما ان معنى قوله فيما قبل فان صدقها القاتل اذا صدقها وحده اي بدون المشهود عليه والقيدان منويان بمعونة المقام ومراده على النسخة الاخرى يعني قول محمد وان كذبها اذا كذبها المشهود ايضا اي مع القاتل فحينئذ ينتظم الكلام ويتضح المرام قوله وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشئ جارح قال في الكفاية وانما اول ليكون المسألة مجمعا عليها وقال في معراج الدراية نقلا عن الذخيرة ما ذكر في الجامع الصغير ان كان قولهما فهو مجرى على اطلاقه وان كان قول الكل فتاويله ان يكون الآلة جارحة انتهى ثم قال جمهور الشراح فان قيل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع انهم لم يشهدوا انه كان متعمدا قلنا لما شهدوا انه ضربه بسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لم يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه وقالوا كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بالسؤال والجواب واقول هذا ليس يرد على صاحب الهداية لانه اشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف انتهى وانا اقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعدما قيد مسألة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمدا لكن يرد عليه ان يقال ليس لهذا التقييد هنا وجه لانه ان يراد به ان وجوب القود في مسألة الجامع الصغير فيما اذا صرح الشهود بكونه ضربه عمدا لا فيما اذا اطلقوا ضربه ولم يقيدوا بكونه عمدا فليس الامر كذلك على ما ذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شراح الكتاب فانه صريح في ان تصريح الشهود بذكر العمد ليس بلازم في وجوب القود في المسألة المذكورة وان لم يرد به ذلك بل كان معترفا بما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييده المذكور بل لا وجه له كما لا يخفى قوله والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما اقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل بآلة غير القتل بآلة كما قال في الزمان والمكان لكان احسن واشمل اما كونه احسن فظاهر واما كونه اشمل فلان الاختلاف في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما يوجب الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف في غير ذلك ايضا كالسيف والرمح فان كل واحد منهما عمد يوجب القود ومع ذلك لو قال احد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما ايضا باطلة نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال ولو شهد احدهما انه قتله بسيف وشهد الآخر انه طعنه برمح او شهد احدهما انه ضربه بسيف وشهد الآخر انه رماه بسهم او اختلفا في مكان القتل او وقته او موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى قوله ولانه يحتمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة فالاجمال الاول ههنا بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان ثم ان كثيرا من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال الشهود في قولهم لا ندري باي شئ قتله اما صادقون او كاذبون وعلى كلا التقديرين

وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة **قال** واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني من المشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

قال ومن رمى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رح

ينبغي ان تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا صاروا فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل فقال في جوابه انهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري اختاروا احسبة الستر على القاتل واحسنوا اليه بالاحياء وجعل كذبهم فيها معفوا عنه لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فما عليهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله اولو اكذبهم ظاهرا ورد بالاطلاق الى بظاهر ما ورد بتجويز الكذب انتهى كلامه اقول فيه نظر اذ لا يدود لما ذكره على وجه الاستحسان اصلا حتى يرتكب المصنف لدفعه هذا التضييق وذلك لان ما ذكره من المحذور في صورة ان صدق الشهود هو بعينه ما ذكره المصنف في وجه القياس في هذه المسئلة وقد حصل الجواب عنه في وجه الاستحسان الذي ذكره من قبل لان توضيحه انه لم تكن شهادة واحد منهم بالقتل بآلة وشهادة الآخر منهم بالقتل بآلة اخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم في الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الآلة بل كانت شهادة كل واحد منهم بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ولهذا وجب العمل به كما عرف في اصول الفقه فيحمل على الاقل المتيقن فيجب اقل موجبيه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه فلا يتوجه ان يقال ان صدق الشهود امتنع القضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف بينهم وقد افصح عنه ايضا قول المصنف في تأويل هذا الكلام فلا يثبت الاختلاف بالشك ما يكون مراده بكلامه هذا هو الجواب عما ذكره هؤلاء الشراح اذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار انهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على تأويل كذبهم بما ورد في الحديث فلا يبقى الاحتياج اذ ذاك الى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك بل لا يكون له مساس بالجواب المذكور فيلزم ان يكون لغوا من الكلام والحق عندي ان قول المصنف ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة الى آخره وجه آخر للاستحسان يظهر بتقريره وتطبيقه للمقام بادنى تأمل صادق يخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس في هذه المسئلة مذكور في الكافي وهو ان الشهادة بالوجه المذكور غفلة من الشاهدين فلا تقبل **قوله** وهذا في معناه قال جمهور الشراح اي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح ذات البين حيث كان العفو مندوب اليه ههنا كما ان الاصلاح مندوب اليه هناك وكان ورود الحديث هناك ورودا ههنا انتهى اقول فيه بحث لان المندوب اليه في باب القتل انما هو عفو اولياء القتيل دون عفو الشهود كيف ولو كان العفو حق الشهود لكان الافضل لهم ان لا يشهدوا راسا بما يتعلق بالقتل كما في الحدود فلزم ان لا يوجب الباعث على ارتكابهم الكذب في شهادتهم المذكورة ههنا بخلاف اصلاح ذات البين فانه قد يتوقف على ارتكاب الكذب فيرخص الكذب هناك وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال ينبغي ان يكون المراد بالعفو درء القصاص والا فهو تلو الوجوب فحيث لا وجوب للقصاص لا عفو عنه ثم قال والاظهر ان يقال يجامع ان الستر مندوب اليه انتهى اقول يرد على توجيهه ايضا ان يقال لو كان درء القصاص من غير شبهة مندوبا اليه وكان درءه جائزا للشهود لبعد ان عاينوا القتل بجارح عمدا كان عليهم ان لا يشهدوا بالقتل اصلا فلا يوجد ما يسوغ ارتكابهم الكذب في طريق شهادتهم المذكورة ههنا ثم ان ورود هذا على فاعدة اظهر ههنا اظهر اذ لو كان ستر القصاص مندوبا اليه لكان الافضل للشهود ان يستروه طرا بان لا يشهدوا بالقتل اصلا كما في الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب قط تأمل ترشد **قوله** فلا يثبت الاختلاف بالشك قال في العناية يعني اذا احتمل ان يكونوا عالمين وجهلوا احتمل ان لا يكونوا كذلك دفعا للشك والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى اقول لقائل ان يقول كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك ايضا ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين فاذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصور القبول تدبر **قوله** غير ان تكذيب المقر له في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا قال صاحب الغاية ففي هذه المسئلة اذا اقر كل واحد منهما بالقتل فقد اقر كل واحد منهما بالاتلاف لجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما

وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة فوجب الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف رح مثل قول ابي حنيفة رح له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية

باتلاف بعض النفس القصاص يجب باتلاف البعض كما يجب باتلاف الكل فلهذا كان له ان يقتلهما واما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما في الكل انتهى وقال صاحب النهاية في بيان صورة الاقرار لما اقر كل واحد منهما بكل القتل صدق الولي بقوله قتلتماه كل واحد منهما في نصف القتل والتكذيب في نصف ما اقر به لا يبطل الاقرار اما التكذيب في كل ما اقر به يبطل الاقرار لانه حينئذ يكون رد الاقرار والاقرار يرتد بالرد انتهى اقول هذا الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لا يكاد يصح لما رويناه غير مرة ان القتل لا يتجزى فكيف يتصور اتلاف بعض النفس ونصف القتل كما زعماه بناء عليه معنى المقام وايضا قد مر ان الاصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحدا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص باتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما والصواب ان معنى المقام هو ان كل واحد منهما اقر بالقتل بانفراده وقد صدق الولي كل واحد منهما بقوله قتلتماه جميعا في بعض ما اقر به وهو القتل وكذبه في بعضه الآخر وهو انفراده فعلى مقتضى ان تكذيب المقر له في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي يؤاخذ كل واحد منهما باقراره بالقتل فللولي ان يقتلهما جميعا وان الغي انفراد كل واحد منهما بالقتل ويجعل كما اذا قتل جماعة واحدا حيث يقتص من جميعهم اجماعا بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب

باب في اعتبار حالة القتل لما كانت الاحوال صفات لذوي الاحوال ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشروح **قوله** وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه قال في العناية الا ان ابا حنيفة رح يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى اقول لهما ان يقولا في الجواب عنه انا لا نريد بالابراء في قولنا انه بالارتداد صار مبرئا حقيقة الابراء بل نريد به ذلك الابراء الحكمي لانه بالارتداد لما اسقط تقوم نفسه شرعا سقط حقه معنى لان ما لا تقوم له لا ضمان عليه في الشرع فصار فعله في حكم الابراء شرعا سواء طابق اعتقاده او لم يطابق ولعل تعبير المصنف قوله فيكون مبرئا للرامي عن موجبه على قوله لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه يرمي الى ما ذكرناه **قوله** وقول ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رح قلت لعل وجه عدول المصنف ههنا عن التحرير المألوف حيث لم يقل فيما قبل عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح كما هو المعتاد في نظائره بل قال بعد بيان الخلاف بين ابي حنيفة رح ومحمد رح فقول ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رح هو ان قول ابي يوسف رح مع ابي حنيفة رح في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه ابا الليث ذكر قول ابي يوسف رح مع محمد رح في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة وذكر فخر الاسلام البزدوي في شرحه قوله مع ابي حنيفة رح كما بين في غاية البيان فلو قال المصنف في اول المسئلة عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المألوف في نظائره فغير الاسلوب اشارة الى ان فيه اختلاف الرواية وان المختار عنده كون قوله مع ابي حنيفة رح **قوله** ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته قال الشراح مر ابو حنيفة رح في هذه المسئلة على اصله وابو يوسف رح فرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم ووجه الفرق ان المرمي اليه خرج بالارتداد من ان يكون معصوما فصار مبرئا من الجناية اذ الضمان يعتمد العصمة والردة تنافيها واما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى انتهى اقول في وجه الفرق نظر لان الاعتاق وان لم يناف العصمة الا انه ينافي كون المحل مالا متقوما فينبغي ان يصير المولى ايضا مبرئا عن ضمان قيمة العبد المرمي اليه باعتاقه اياه قبل الاصابة لان ضمان القيمة انما يتصور فيما هو مال متقوم ولما اخرجه المولى بالاعتاق من ان يكون مالا متقوما فقد اسقط حقه في قيمته الا يرى ان المغصوب منه اذا اعتق العبد المغصوب صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه

اما الرمى قبل الاصابة ليس باتلاف شئ لانه لا اثر له فى المحل وانما قلت لنصبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تخالف النهاية والبداية يجب قيمته للمولى لرفوته ولو كان فى الضمان فى وجوب القيمة نظر الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه ۔ قال ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شئ على الرامى لان المعتبر حالة الرمى وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسى صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله تعالى اكل لان المعتبر حال الرمى فى حق الحل والحرمة اذ الرمى هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شئ عليه لان الضمان انما يجب بالتعدى وهو رميه فى حالة الاحرام وفى الاول هو محرم وقت الرمى وفى الثانى حلال فلهذا افترقا واللّٰه اعلم بالصواب

كتاب الديات

قال وفى شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه فى اول الجنايات

بالاجماع كما صرحوا به فلم لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب العناية بعد ان ذكر الفرق المزبور من قبل ابى يوسف رح قال ومن هذا يعلم ان ابا يوسف يعتبر وقت الرمى الا فى صورة الارتداد انتهى اقول ليس هذا بسديد لانه مع كونه ظاهر الفساد اذ لو لم يعتبر ابو يوسف رح وقت الرمى فى صورة الارتداد لما تم منه القول بانه صار بالارتداد مبرئا عن الضمان فان الابراء انما يصح بعد انعقاد السبب مخالف لما صرح به كبار المشائخ فى شروح الجامع الصغير كما ذكر فى النهاية ومعراج الدراية فانه قال فى النهاية وهما يقولان بقول ابى حنيفة رح فى ان المعتبر فى حالة الرمى ولهذا وافقاه فى هذه المسئلة يعنى المسائل الآتية فى الكتاب ونظائرها الا ان المرمى اليه فى مسئلتنا لما ارتد صار مبرئا للرامى عن الدية باخراجه نفسه من ان يكون معصوما وفعله معتبر فى استقاط حقه كما اذا ابرأ المغصوب منه الغاصب باعتاق المغصوب على ما ذكرنا الا ان ابا حنيفة يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان فى اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا فى الجامع الصغير لقاضى خان والتمرتاشى والمحبوبى وقال فى معراج الدراية واصحابنا اعتبروا حالة الرمى كما فى هذه المسئلة وكذا مسئلة الرمى على ما يجئ وكذا فى مسئلة الرمى ثم تمجس وكذا فى مسئلة المحرم على ما يجئ الا انهما يقولان فى مسئلة ان رمى مسلما فارتد انه بالارتداد يصير مبرئا للرامى عن الضمان ولهذا قال يصير بالارتداد مبرئا والابراء انما يصح بعد انعقاد السبب وابو حنيفة رح يقول بالارتداد لا يصير مبرئا لان فى اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن الضمان كذا فى جامع قاضيخان والتمرتاشى والمحبوبى انتهى

قوله اما الرمى قبل الاصابة ليس باتلاف شئ لانه لا اثر له فى المحل اقول لمتوهم ان يتوهم ان هذا الكلام ههنا ينافى ما قاله فى صدر دليلهما من انه يصير قاتلا من وقت الرمى فان القتل لا يتصور بدون اتلاف شئ من المقتول والجواب ان معنى ما قاله فى صدر دليلهما هو انه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمى من جهة استناد الحكم الى وقت الرمى عند الاتصال بالمحل وقد اشار اليه صاحب الغاية بقوله ههنا وانما انقلب الرمى علة الاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمى فكانه وجد من ذلك الوقت انتهى

كتاب الديات

قال الشراح ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما ان الدية احدى موجبى الجناية فى الآدمى المشرعين صيانة لكن القصاص اشد صيانة فقدم انتهى اقول يرد على ظاهر هذا الوجه انه انما يقتضى ان يذكر الديات فى كتاب الجناية كالقصاص بان يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنايات لكون كل منهما موجب الجنايات لا ان يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع فى الكتاب والجواب ان مقصودهم ههنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنايات وهذا المقصود يحصل بما ذكروه قطعا واما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من ابواب الجنايات فله وجه آخر لم يذكروه اصالة وهو انه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحقت ان يجعل كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة الى سائر شروط الصلوة وكتاب الصرف بالنسبة الى سائر انواع البيع ثم اعلم ان ما وقع فى الكتاب وضع القدورى فى مختصره واما الشيخ ابو الحسن الكرخى فقدمه فى مختصره كتاب الديات على كتاب الجنايات والشيخ ابو جعفر الطحاوى قدم القصاص على الديات ولكن جعلهما فى كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديات والامام محمد رحمه اللّٰه ذكر احكام الجنايات فى كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات اصلا لان عامة احكام الجنايات هى الديات فان القصاص لا يجب الا بالعمد المحض والدية يجب فى شبه العمد وفى الخطاء وفى شبه الخطاء وفى القتل بسبب وفى العمد ايضا اذا تمكن فيه الشبهة فرجح جانب الدية فى نسبة الكتاب اليها ثم ان الدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذى هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر

قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الاية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزى فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء

كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح قال في القاموس الدية بالكسر حق القتيل جمعها ديات فاعلم وفي الصحاح وديت القتيل اديه دية اذا اعطيت ديته وقال في الكافي الدية المال الذي هو بدل النفس والارش اسم للواجب على ما دون النفس انتهى اقول الظاهر من هذه المذكورات كلها ان يكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ما يجئ في الفصل الآتي من ان في المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي اللحية الدية وفي شعر الراس الدية وفي الحاجبين الدية وفي العينين الدية واليدين الدية وفي الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل الذي اطلقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه كما سياتي فالاظهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية اخرا فانه بعد ان ذكر مثل ما ذكر في المغرب وغيره الشروح قال والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمي او طرف منه سمي بها لانها تؤدى عادة لانه قلما يجري فيه العفو لعظم حرمة الآدمي انتهى **قوله** وكفارته عتق رقبة مومنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مومنة الاية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص **قال** صاحب العناية في شرح هذا المقام وكفارته عتق رقبة مومنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مومنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الاية وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم فقط فلا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير يعرف بالتوقيف انتهى اقول لمس الشارح المذكور بحق المقام في تحريره هذا اما اولا فلانه جمع بالذكر في بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مومنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مومنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين العمد عتق رقبة مومنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مومنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليلا عليه فقد قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهرين متتابعين اذا لم يجد رقبة مومنة ولم يصب في سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مومنة مجموع قوله تعالى فتحرير رقبة مومنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ان الدليل عليه قوله تعالى فتحرير رقبة مومنة وحده وانما قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليل على القسم الاخر من الكفارة الذي لم يذكر في المدعى بخلاف تحرير المصنف فانه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبها حيث قال وكفارته عتق رقبة مومنة ثم قال فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال في تعليل الثاني لهذا النص اي بهذا النص وهو قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين واما ثانيا فلانه قال وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم فقط وفرع عليه قوله فلا يجزي فيه الاطعام فان كان مدار قيد فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير او الصوم وكذا مدار التفريع في قوله فلا يجزي فيه الاطعام على ان تخصيص التحرير والصوم بالذكر في الآية يدل على نفي ما عداهما كان ذلك قولا بمفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا وان كان مدارهما على ما ذكره المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم اجزاء الاطعام بوجهين آخرين وهما قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء وقوله لانه لم يرد به نص الى آخره بعد تفريع عدم اجزاء الطعام على ما قبله كلاما مختلا اذ يكون المفرع عليه اذ ذاك دليلا على المفرع فيصير قوله فلا يجزي فيه الاطعام من قبيل تفريع المدعى على الدليل فلا جرم يصير قوله لانه لم يرد به نص الى آخره دليلا اخر على ذلك المدعى فيجب فيه زيادة واو العطف بان يقال ولانه لم يرد به نص الى آخره كما لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام بخلاف تحرير المصنف فانه جعل قوله لا يجزي فيه الاطعام كلاما مبتدأ مطلوبا بالبيان على الاستقلال واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار في اسلوب تحريره اصلا **قوله** ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء قال الشراح يعني ان الواقع بعد فاء الجزاء يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم انه هو الجزاء او بعض منه شئ

اولكونه كل المذكور على ما عرف في تحرير رقبة ويجزئ فيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزئ ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته **قال**
وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه ودية شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس
وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي ره اثلاثا ثلاثون جذعة وثلاثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد
قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها وعن عمر وزيد رض ثلاثون حقة وثلاثون جذعة ولان دية شبه العمد مغلظة وذلك فيما قلنا
ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رض في صفة التغليظ وابن مسعود رض قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع
فيعارض به **قال** ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة

على القاتل لما بينا من قبل قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا
قول ابن مسعود رض وانما اخذنا نحن والشافعي به لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في
قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور

وشبهه مخل انتهى اقول اشكل هذا بالحرمان عن الميراث فان جزاء القتل ايضا في العمد وشبهه والخطأ وشبهه كما مر في اول كتاب الجنايات مع انه ليس بداخل في الواقع بعد فاء الجزاء الآية المذكورة فليتامل **قوله** ولكونه كل المذكور على ما عرف يعني لو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان و حيث لم يذكروا انه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان كما عرف في اصول الفقه كذا في الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان السكوت لا يدل على ان المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولم يذكر الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لانا نقول ثمه وجد بيان بنص آخر ونقول لا نسلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن اصحابنا ان الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى اقول في كل من جوابيه نظر اما في الاول فلان التشبث بوجود نص آخر في مادة النقض وعدم وجوده فيما نحن فيه مصير الى الاستدلال بالوجه الاول الذي ذكره المصنف بقوله لانه لم يرد به نص فيلزم ان لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلا مستقلا بل يلزم ان يكون مستدركا واما في الثاني فلان اللازم المجيب دفع النقض كما ذكر في الكتاب لانه هو المورد للسؤال ولا شك ان ما ذكر فيه مبني على وجوب الكفارة في شبه العمد واما رواية عدم وجوبها فيه فمعزل عنه فلا وجه للمصير اليه هنا كما لا يخفى ثم ان صاحب الغاية قال في تفسير قول المص ره ولكونه كل المذكور اي لكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني اقول ليس ذلك ببعيد اذ لا يخفى ان كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى انما هو تحرير رقبة مؤمنة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده واما اطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الاخير الذي يتم به الكل فامر سمج لا يناسب شرح الكتاب فالحق في التفسير ان يقال اي لكون ما ذكرنا من التحرير والصيام كل المذكور **قوله** ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا اقول لقائل ان يقول اذا لم يثبت التغليظ الا في الابل خاصة ينبغي ان لا يصح القضاء بالدية من غير الابل اصلا في جناية شبه العمد اذ قد ذكر في اول هذا الكتاب ومر ايضا في اوائل كتاب الجنايات ان موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل فحيث لم يثبت التغليظ في غير الابل لم يصلح غيرها ان يكون دية في شبه العمد لانتفاء ما هو المعتبر في ديته وهو التغليظ فكيف يتم قول المصنف فان قضى بالدية من غير الابل لم تتغلظ فان الظاهر منه ان يصح القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغليظ في غير الابل بان يزاد في الدراهم على عشرة الآف درهم وفي الدنانير على الف دينار كما فصلوا في الشروح فليتامل في التوجيه **قوله** وهذا قول ابن مسعود رض وانما اخذنا نحن والشافعي ره به لروايته ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا على نحو ما قال اقول فيه شيء وهو ان ابن مسعود رض وان روى قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قال الا ان عليا رضي الله عنه كان يقول الدية في الخطأ ارباعا من الابل خمس وعشرون حقة و خمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون ابنة لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض ذكره ابو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وذكر في غاية البيان وغيرها من الشروح والمقادير لا تعرف الا سماعا وكان كالمرفوع فعارض ما رواه ابن مسعود رض معارضا به فكيف يتم جعل المصنف ره مجرد رواية ابن مسعود رض دليلا على ما اخذنا نحن والشافعي ره به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود نعم كون ما رواه اليق بحالة الخطأ لكونه اخف يصلح ان يكون مرجحا لما رواه وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في البيان بالابل في دية الخطأ ونحن رجحنا رواية ابن مسعود رض لانه اوفق لموضوع دية الخطأ وهو التخفيف الا ان قول المصنف ره ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور يشعر بان هذا دليل مستقل مغاير لما قبله لا دليل مستقل وهذا ينافي ضم الثاني الى الاول ليحصل به الرجحان بالحجة في تحرير المصنف ره هنا نوع ركاكة وكان صاحب الغاية تنبه له حيث غير اسلوب تحرير المصنف في شرح

غير ان عند الشافعي رح يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما رويناه قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي رح من الورق اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما رواه انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رض ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي رح ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه بعمومه

هذا المقام فقال بعد بيان ما رواه ابن مسعود وما روي عن علي رض لكن ما قلنا اخف فكان اولى بحال الخطاء لان الخاطي معذور انتهى تبصر قوله غير ان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض اقول ههنا كلام وهو ان قوله هذا استثناء من قوله واخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في العناية وغيرها والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في المأخذ لكن فيه اشكال اذ الظاهر ان الضمير به في قوله واخذنا نحن والشافعي به بعد قوله وهو قول ابن مسعود راجع الى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود فبعد ذلك كيف يتم القول بان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والقضاء بابن لبون مكان ابن مخاض ينافي الاخذ بقول ابن مسعود لان ابن مخاض متعين في قوله وانما الذي يصلح ان يكون مأخذ المذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار انه كان يقول في دية الخطاء عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة كما ذكر في غاية البيان فليتأمل في التوجيه قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة قال جماعة من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على اكثر من مائتي بقرة او غيرها على قول ابي حنيفة رح كما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتين من الابل انتهى اقول ليت شعري ما بالهم حصروا ظهور فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيق وحصروا فيه بكلمة انما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة اظهر واجلى فان للقاتل الخيار في اداء الدية من اي نوع شيئا من انواع الدية لا من غير انواعها كما صرحوا به فعلى قولهما يمكن القاتل من ادائها من نوع البقر او نوع الغنم او نوع الحلل كما يتمكن من ادائها من الانواع الثلثة المتفق عليها وهي الابل والعين والورق وعلى قوله في رواية كتاب الديات لا يتمكن من ادائها الا من هذه الانواع الثلثة قوله وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال جمهور الشراح اوهذا قوله وذكر في المعاقل اي معاقل الاصل شبهة على ما روي عن ابي حنيفة رح من انه لا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة وجه ورودها ان محمدا رح ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي عن الدية على اكثر من الفي شاة او من مائتي بقرة او من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك دليل على ان الاصناف الثلثة ايضا من الاصول المقدرة في الدية عنده ايضا وذكر الجواب بوجهين احدهما يصحح الشبهة ويرتفع الخلاف ثانيهما دفع الشبهة بحمل رواية المعاقل على قولهما ثم ان صاحب العناية رد الوجه الاول منهما حيث قال ولا ارى صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان مدار الوجه الاول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم وكونه مناقضا لرواية كتاب الديات انما ينافي صحته لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند قائل ذلك الوجه يدل عليه قطعا عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين احدهما انه صحح الشبهة فقال نعم تلك الرواية اعني رواية الخلاف غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقل والخلاف بينهم غير ثابت بل هذه الانواع اعني البقر والغنم والحلل في الدية من الاموال المقدرة انتهى وتصحيح احدى الروايتين ومنع الاخرى ليس بعزيز في كلمات الفقهاء وقد مر نظائر كثيرة في الكتاب وقال بعض الفضلاء لدفع رد صاحب العناية الوجه الاول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما انتهى اقول هذا لا يصلح لدفع رد الوجه المذكور وانما يصلح لان يكون جوابا آخر عن اصل الشبهة لان ماله الى ان يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في احدهما قوله الاول وفي الاخرى قوله الآخر الذي رجع اليه وقد ذكره ايضا صاحب العناية

والآن حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم والذمي سواء [illegible] دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم [illegible] ودية المجوسي ثمانمائة درهم [illegible] قال وفي النفس الدية [illegible] فصل فيما دون النفس قال وفي المارن الدية وفي اللسان [illegible] وفي الذكر الدية [illegible] والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية [illegible] فوت منفعة مقصودة وهو النطق [illegible] منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة [illegible] قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب [illegible] قال وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك [illegible] وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال قال وفي شعر الراس الدية لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي رحمه الله تجب فيهما حكومة عدل [illegible] واما لحية الكوسج [illegible] قال وفي الشارب حكومة عدل [illegible] وفي الحاجبين الدية [illegible] الاصح انه تابع للحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال

تعدد بيان ذلك الوجهين وردّ احدهما حيث قال وحمل بعض مشائخنا على ان في المسئلة عنه روايتين انتهى ومدار ردّه احد ذينك الوجهين على ان يكون [illegible] وذلك لا يتصور الا بان يخصه القول منه في [illegible] فيما ذكر في المعاقل والآلاتية الشبهة بل ترتفع [illegible]

[illegible] في اطرافه [illegible]

[illegible] الشيء الذي هو الاطراف للاصل الذي هو النفس في بعض [illegible]

[illegible] هنا ما مر في كتاب الجنايات فلم لا يجوز ان تخالف بين النفس [illegible]

[illegible] فيما دون النفس لان الاطراف تابعة للنفس فاتبع ذكر حكمها [illegible]

[illegible] والالف قال في الكافي وغاية البيان فقسنا عليه غيره اذ كان [illegible] انتهى

[illegible] والقياس لا يجري فيها على ما عرف فالصواب عندي ههنا ان يقال فالحقنا به غيره دلالة قوله ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب قال جمهور الشراح والحروف التي تتعلق باللسان هي الالف والتا والثا والجيم والدال والذال والرا والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطا والظا واللام والنون انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من اقصى الحلق على ما عرف انتهى اقول نظره ساقط اذ الظاهر ان مراد جمهور الشراح بالالف والتا والثا وغيرها مما ذكروا هو الالفاظ التي يتهجى بها الحروف المبسوطة التي تتركب منها الكلم والذي من اقصى الحلق انما هو الحرف الذي يقع جزءا للكلم كما في اول اخذ واوسط سال وآخر قرأ لا الحرف الذي يتهجى به وهو لفظ الف اذ هو مركب من ثلثة اجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الاوسط الذي هو اللام فمنشأ نظر صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم كيف ولو كان مرادهم ما توهمه لذكروا الهمزة بدل الالف كما لا يخفى فان قلت الالفاظ التي يتهجى بها اسماء مسمياتها الحروف المبسوطة التي ركبت منها الكلم كما حققه صاحب الكشاف في اول سورة البقرة وجمهور الشراح انما عدوا الالف ونظائره من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح ان يكون مرادهم بذلك ما يتهجى به من الالفاظ قلت قد وقع في عبارات المتقدمين اطلاق الحروف على تلك الالفاظ مسامحة استعمالا للحروف في معنى الكلمة كما نص عليه ايضا صاحب الكشاف هناك وكلام هؤلاء الشراح ههنا بل كلام المصنف رحمه الله ايضا جاز على ذلك الاصطلاح السائغ فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجي فان قلت لم لم يريدوا بالحروف ههنا الحروف المبسوطة التي تتركب منها الكلم ولم يخرجوا الالف من عدد الحروف التي تتعلق باللسان قلت لعل سر ذلك ان الغاية من الحروف انما يعرف بالامتحان انما يكون في العادة بحروف التهجي لما تقدم

وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال هذا كله إذا فسد المنبت فإن نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لأنه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه الحرام وإن نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجب شيء في الحر لأنه يزيده جمالاً وفي العبد تجب حكومة عدل لأنه ينقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل لأنه في غير أوانه فيشينه ويستوي العمد والخطأ على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي أحدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الأذنين الدية وفي الأنثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية وفيما كتب النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي إحداهما نصف الدية ولأن في تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تفويت أحدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي إحداهما نصف دية المرأة لما بينا بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة عدل لأنه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الإرضاع وإمساك اللبن وفي إحداهما نصفها لما بينا قال وفي أشفار العينين الدية وفي أحدها ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل أن مراده الأهداب مجازاً كما ذكره محمد رحمه الله في الأصل للمجاورة كالراوية للقربة وهو حقيقة في المنبت وهذا لأنه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الأذى والقذى عن العين إذ هو يندفع بالهدب وإذا كان الواجب في الكل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون بأهدابها ففيه دية واحدة لأن الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل إصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام في كل إصبع عشر من الإبل ولأن في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها قال والأصابع كلها سواء لإطلاق الحديث ولأنها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين لأنه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيها عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشاراً قال وفي كل إصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الإصبع وما فيها مفصلان ففي أحدهما نصف دية الإصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع قال وفي كل سن خمس من الإبل لقوله عليه السلام في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الإبل والأسنان والأضراس سواء لإطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والأسنان كلها سواء ولأن كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدي والأصابع وهذا إذا كان خطأ فإن كان عمداً ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال ومن ضرب عضواً فأذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوؤها لأن المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو أحدبه لأنه تفوت به جمال على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن أثر

فصل في الشجاج قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم

بها في قصة علي رضي الله عنه وهي ما روي أن رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفاً أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهو الأصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وذكره [illegible] ههنا في العبارة والإرادة على وفق ذلك

قوله وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي سياق كلامه فإنه قسم لحية الكوسج ثلاثة أقسام وجعل منها ما كان متصلاً فقوله لأنه ليس بكوسج في مقابلة قوله وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية ينافي ذلك والجواب أن [illegible] بكوسج حقيقة وإن كان في صورة الكوسج والذي قسمه ثلاثة أقسام في سياق كلامه أعم من الكوسج الحقيقي والصوري فلا تنافي [illegible]

والأضراس سواء قال في العناية قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والأسنان كلها سواء أو يقال والأنياب والأضراس كلها سواء [illegible] يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنايا وهي الأسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان أسفل وتليها رباعيات وهي تلي الثنايا [illegible] تلي الرباعيات وتليها ضواحك تلي الأنياب واثنتا عشرة سنا تسمى الطواحين من كل جانب ثلث فوق وثلث أسفل وبعدها [illegible] تسمى ضرس الحلم لأنه ينبت بعد البلوغ ووقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الأسنان والأضراس [illegible] المعدودة إلى معنى [illegible] انتهى

أقول في هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل في أوله والصواب أن يقال وفيه إشارة إلى أن ما في الكتاب خطأ وقيل في آخره فلا يصح أن يقال الأسنان والأضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة ما في الكتاب مع أن تصحيحه على طرف الثمام فإن عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت في علم البلاغة ولها أمثلة كثيرة في التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلوة ومنها قوله تعالى من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فيجوز أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك ويعود حاصل معناه إلى أن يقال الأضراس وما عداها من الأسنان سواء فإنه إذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم إن قوله أو يقال والأنياب والأضراس كلها سواء معارض بمثل ما أورد على ما في الكتاب فإن الأضراس تعم الأنياب أيضاً كما أفصح عنه في المغرب حيث قال الأضراس ما سوى الثنايا من الأسنان وكذا ذكر في النهاية وغيرها فيعود معنى قوله والأنياب والأضراس سواء إلى أن يقال وبعض الأضراس والأضراس كلها سواء لمثل ما ذكر في الإيراد على ما في الكتاب فلا معنى لأن يكون ذلك صواباً دون ما في الكتاب نعم الأظهر في إفادة المراد ههنا أن يقال والأسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث أو أن يقال والأضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط ما جاء به لفظ الحديث أو أن يقال والأضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط

فصل في الشجاج لما كان الشجاج نوعاً من أنواع ما دون النفس وتكاثرت مسائلها أسماء وحكماً ذكره في فصل على حدة كذا في الشروح قلت لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل في قوله فصل فيما دون النفس ثم ذكر الشجاج التي هي نوع من أنواع ما دون النفس وذكر سائر أنواعه

والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل الى ام الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز قال وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رحمه الله انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه مروي عن ابي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذه شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا شجة مقتصرة بحكم على حدة

التي سيجيء في الفصل الآتي في فصل آخر ايضا لكن احسن واوفق لما هو المعتاد في نظائره كما لا يخفى **قوله** والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم اقول تفسير الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذي ذكره المصنف وان وقع في كثير من الكتب المعتبرة كالبدائع والكافي وعامة الشروح واقتضاه ترتيب القدوري في مختصره حتى قدم الدامعة على الدامية وصرح به في شرحه لمختصر الكرخي الا انه منظور فيه عندي لانه مخالف لما ذكر في عامة كتب اللغة الموثوق بها فانه قال في المغرب الدامعة من الشجاج هي التي يسيل منها الدم كدمع العين وقبلها الدامية وهي التي تدمى من غير ان يسيل منها دم انتهى وقال في الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدامية قال ابن عبيد الدامية هي التي تدمى من غير ان يسيل منها دم فاذا سال منها الدم فهي الدامعة بالعين غير معجمة انتهى وقال في القاموس والدامعة من الشجاج بعد الدامية انتهى الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة ويجيء من المصنف التصريح بان الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية في الصحيح فلا مجال للحمل على الاصطلاح المحض ثم اقول الصحيح المطابق للغة في تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ما ذكر في المحيط البرهاني نقلا عن الطحاوي حيث قال فيه اعلم ان اول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي يشق الجلد ماخوذ من قولهم حرص القصار الثوب اذا شقه في الدق ولا تدميه ثم الدامية وهي التي تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم هكذا ذكره الطحاوي فذكر شيخ الاسلام هي التي تسيل الدم اكثر مما يكون في الدامية من السيلان ماخوذ من دمع العين وكانها سميت بهذا الاسم لان الالم يصل الى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجد من الالم الى هنا لفظ المحيط **قوله** والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه اقول في تفسير الباضعة بما ذكره المصنف نظر وان تابعه صاحب الكافي وكثير من المتاخرين فيه لان قطع الجلد متحقق في الصورة الاولى ايضا سيما في الدامعة والدامية اذ الظاهر ان سيلان الدم واسالته لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد في كل من الانواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملا للكل غير مختص بالباضعة فالظاهر في تفسير الباضعة ما ذكر في المحيط الباضعة وهي التي تبضع الدم اي تقطعه وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم اي تقطعه انتهى ويعضد ذلك ما وضع في معتبرات كتب اللغة فانه قال في المغرب وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى وقال في القاموس والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمي الا انها لا تسيل انتهى لا يقال فعلى هذا يشتبه الباضعة بالمتلاحمة فانه قال في الكتاب والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم وهذا في المآل عين ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة لانا نقول من فسر الباضعة بما نقلنا من المعنى الظاهر لا نقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر في الكتاب حتى يلزم الاشتباه بل يريد عليه ما يدفع الاشتباه عن هذا قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم اي هنا قال شيخ الاسلام ولا تنزع شيئا من اللحم ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيئا من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم اي تقطعه والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم اكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى وقال في المغرب والمتلاحمة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها اي تتلاءم وتتلاصق انتهى وقال في الصحاح والمتلاحمة الشجة التي اخذت في اللحم ولم تبلغ السمحاق انتهى وقال في القاموس وشجة متلاحمة اخذت فيه ولم تبلغ السمحاق انتهى **قوله** وفي الجائفة ثلث الدية قال في الايضاح الجائفة ما تصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل الشراب اليه كان مفطرا او افوق ذلك فليس بجائفة انتهى وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة ههنا في مسائل الشجاج وقع

ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان في غير الوجه والراس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر و
انما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب
وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا
مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس وجوف البطن وتفسير حكومة
العدل على ما قاله الطحاوي رحمه الله ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان
ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه **فصل**

اتفاقا وكذا قال في العناية نقلا عن النهاية اقول نعم على ما ذكر في الايضاح يكون الامر كذلك الا ان المصنف تداركه حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة
تختص بالجوف جوف الراس او جوف البطن يعني انها لما تناولت ما في جوف الراس ايضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت في الراس فتدخل في مسائل الشجاج
باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج مما وقع اتفاقا **قوله** ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة قال في النهاية ومعراج الدراية وكذلك تختص
بالجبهة والوجنتين والذقن ايضا على ما ذكرنا من رواية الايضاح انتهى اقول ليس لهذا الكلام وجه اذ لا شك ان كلا من الجبهة والوجنتين والذقن داخل في الوجه لانهم صرحوا في اول كتاب
الطهارة بان حد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتي الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد صرح الشراح فيما سيأتي
في هذا الفصل حتى قال صاحبا النهاية ومعراج الدراية انفسهما ايضا بان الذقن من الوجه بلا خلاف والعظم التي تحت الذقن وهو اللحيان فمن الوجه ايضا عندنا خلافا
لمالك وقد قال المصنف رحمه الله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس يشمل الكل فبعد ذلك ما معنى ان يقال وكذلك الراس بالجبهة والوجنتين والذقن ايضا
وكل من العطف وادة التشبيه يقتضي المغايرة محالة **قوله** ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة قال بعض الفضلاء دليل على
عدم جواز الحاق الجراحة بها دلالة ففي قوله ولانه تسامح انتهى اقول ان اراد انه دليل على ذلك اصالة فهو ممنوع وان اراد انه دليل اصل له على عدم وجوب
ارش مقدر في الجراحة التي في غير الوجه والراس ولكن تضمن الدلالة ايضا على عدم جواز الحاق تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم ولكن تسامح في
قوله ولانه تسامح ممنوع لان قوله لان التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب ارش مقدر في الجراحة الكائنة في غير الوجه والراس ولما كان قوله
ولانه انما ورد الحكم فيها الى آخره دليلا على ذلك ايضا اصالة كان حق الاداء ان يقال ولانه بلا تسامح ايضا ولعل ذلك البعض انما غره تقرير صاحب الكافي
ههنا حيث قال لان الاثر بالتقدير جاء في الشجاج في الراس والوجه وغيرهما ليس في معناهما حتى يلحق بهما الشين ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي
يلحقهما ببقاء اثر الجراحة والشين انما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والراس انتهى ولكن لتقرير المصنف شان آخر كما ترى **قوله** الا ان عندنا
هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا قال في النهاية وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب ان نفترض غسل اللحيين
في الطهارة لانهما من الوجه على الحقيقة الا انا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى وهكذا ذكر في الكفاية ومعراج الدراية
ايضا واما صاحب العناية فذكره على وجه السوال والجواب حيث قال قيل عليه فيجب ان يكون غسلهما فرضا في الطهارة واجيب بانا تركنا هذه الحقيقة
بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول في الجواب اشكال عندي لان اللحيين اذا كان من الوجه على
الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيكون ترك وجوب غسلهما بالاجماع نسخا للكتاب بالاجماع وقد تقرر في اصول الفقه ان الاجماع
لا ينسخ الكتاب والسنة **قوله** وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس وجوف البطن اقول فيه كلام وهو ان الجائفة ان تناولت ما في جوف
الراس ايضا فالتي في جوف الراس منها ان كانت من احد الانواع العشرة للشجاج فما معنى ذكرها وبيان حكمها بعد ذكر تلك الانواع باسمائها
وبيان حكم كل واحد منها وان لم يكن من احد تلك الانواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله في صدر فصل الشجاج عشرة اذ يكون الشجاج حينئذ احد
عشر اللهم الا ان يقال هي احد تلك الانواع وهي الآمة بدلالة كون حكمها ثلث الدية وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الانواع مع احكامها لبيان حال
قسميها الذي في جوف البطن لا لبيان حال قسمها الذي في جوف الراس لكنه تعسف لا يخفى

فصل لما كانت الاطراف دون الراس لها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة كذا في النهاية وغيرها اقول لا يذهب على الناظر في مسائل هذا الفصل انها غير منحصرة

وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب
على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف
الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع
اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم
يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع **قال** وان قطع الكف من المفصل
وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه
لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في
اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم
وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها **قال** وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي
عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رحمه الله تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب
الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه
بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ **قال** ومن شج رجلا موضحة فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية

في الاطراف بل بعضها متعلقة بالاطراف وبعضها متعلقة بالشجاج وبعضها متعلقة بالقتل فالوجه المذكور انما يمشي في بعض منها دون الكل فالاوجه عندي
ان يقال لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسئلة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كما ذكر في غاية البيان اوردها المصنف رحمه الله في
فصل على حدة وآخرها من الفصلين الماضيين جريا على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافيا لما فات
فيها الا انه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد ايضا اعتمادا على فهم الناظرين **قوله** وفي اصابع اليد نصف الدية
اي في اصابع اليد الواحدة وهي خمس اصابع نصف الدية ولو لم يكف الاستلزام والاقتضاء في حصول العلم بمسئلة بل كان
لا بد فيها من التصريح بها للزم ان يذكر ايضا ان في الاصبعين خمس الدية وفي ثلث اصابع ثلثة اعشار الدية وفي اربع اصابع اربعة اعشار الدية الى غير ذلك من
المسائل المتروك ذكرها صراحة في الكتاب ويمكن الجواب عنه بان ذكر هذه المسئلة هنا ليس لبيان نفسها اصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة
للمسئلة اللاحقة اياها وهي قوله فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية فالمقصود بالبيان هنا ان قطع الاصابع يد بلا كف وفيها نصف الدية **قوله**
ولان في قطع الاصابع تفويت جنس البطش وهو الموجب يعني ان في قطع الاصابع كلها تفويت جنس منفعة البطش وهو يوجب الدية الكاملة على ما مر ففي تفويت
نصف منفعة البطش اللازم من قطع اصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة ثم ان جمهور الشراح قالوا قوله على ما مر اشارة الى قوله ولان في قطع الكل تفويت
جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها اقول فيه بحث اذ الظاهر ان قوله على ما مر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله والا كان حق قوله
وهو الموجب ان يؤخر قوله على ما مر فاذا كان قوله على ما مر متعلقا بقوله وهو الموجب لم يتم ان يشار به الى ما قاله هؤلاء الشراح اذ ليس في ذلك تعرض لما
هو الموجب للدية حتى يشار اليه هنا بقوله كما مر وقال صاحب الغاية هنا قوله وهو الموجب على ما مر اي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة
الآلة على ما مر في فصل فيما دون النفس انتهى اقول هذا ايضا ما ذهب اليه جمهور الشراح لان بيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة
الآلة مما لا فائدة له اصلا فيما نحن فيه لان المفروض فيه قطع اصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش دون
مجرد ازالة منفعتها بدون القطع حتى يتصور كون قول المصنف رحمه الله هنا على ما مر اشارة الى ما ذكر في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لان التعلق
بتفويت جنس المنفعة لا بتفويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية بخلاف ما مر في ذلك الفصل فان وضع المسئلة هناك فيمن ضرب عضوا فاذهب منفعته بدون
ان يقطعه فلبيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة تأثير تام وفائدة ظاهرة هناك ثم اقول الاقرب الى الحق عندي ان يكون
قول المصنف رحمه الله هنا على ما مر اشارة الى ما ذكره في اوائل فصل فيما دون النفس من قوله والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال
جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي انتهى فان الظاهر منه ان الموجب
للدية الكاملة في الاطراف تفويت جنس المنفعة او ازالة الجمال المقصود في الآدمي على الكمال فيناسب الاشارة اليه هنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب
على ما مر **قوله** ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع اقول لقائل ان يقول الظاهر من هذا الكلام ان يكون لكل واحد
من الكف والاصابع مدخل في البطش ومدلول قوله فيما قبل ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها ان يكون الباطش هو الاصابع لا غير فبين كلاميه
في المقامين نوع تدافع وكان صاحب الكافي تفطن له حيث غير تحرير المصنف هنا فقال ولهما ان ارش اليد انما يجب باعتبار انه آلة باطشة والاصل فيه

لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فيدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا

قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا

البطش الاصابع والكف تبع لها اما الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بها فلم يجعل تبعا لها في حق التضمين انتهى ثم اقول يمكن التوفيق بين كلامي المصنف ره ايضا بنوع عناية وهو ان يقدر المضاف في قوله فيما قبل لان البطش بها اي لان جل البطش بها كما قال في الكافي هناك لان قوام البطش بها فلا ينافي ان يكون بالكف ايضا البطش في الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع **قوله** لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات اقول فيه نظر اذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول ارش الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيما دون النفس من انه قد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بانه لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم في ضربة ذهب بها العقل الا دية واحدة فليتامل **قوله** وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط قال صاحب النهاية اي لو نبت الشعر والتامت الشجة بحيث لم يبق لها اثر يسقط ارش الموضحة كما كان لا يجب شيء فثبت بهذا ان وجوب ارش الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني ارش الموضحة لبيان ان الارش يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما انتهى اقول ان قوله وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما ليس بشيء اذ لا ريب ان كون وجوب ارش الموضحة بفوات جزء من الشعر لا بمجرد تفريق الاتصال والايلام الشديد امر خفي جدا غير معلوم بدون البيان على الاعلام اذ كان الظاهر المتبادر مما ذكر في فصل الشجاج ان لا يشترط في وجوب ارش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بان لا ينبت من بعد اصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هي التي توضح العظم اي تبينه ثم بينوا حكمها بانه القصاص ان كانت عمدا ونصف عشر الدية ان كانت خطأ ولا شك ان اسم الموضحة وحد المذكور يتحققان فيما ينبت فيه الشعر وكان اشتراط ان لا ينبت الشعر بعد البرء اصلا في تحقق ارشها امرا خفيا محتاجا الى البيان بل الى البرهان ولهذا قال المصنف ره وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط وقال في الكافي ووجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شيء وقال في المبسوط وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شيء الى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات **قوله** وجوابه ما ذكرنا وقال في العناية قبل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو اشمل من الاول بحث لان المراد بسبب واحد في قول المصنف ره وقد تعلقا بسبب واحد انما هو فوات الشعر كما يرشد اليه **قوله** فدخل الجزء في الجملة لان بعض الجزء انما يوجد في صورة فوات شعر راسه باشجة لا في صورة ذهاب عقله بها وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه بكونه مراد المصنف ره بسبب واحد هناك فوات الشعر حيث قال في شرح قوله وقد تعلقا يعني ارش الموضحة والدية سبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة انتهى ولا يخفى ان هذا المعنى مختص بالمسئلة الثانية وهي صورة ذهاب شعر راسه كما ان قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء مختص بالمسئلة الاولى وهي صورة ذهاب عقله فكيف يصح القول بان البعض الثاني اشمل من الاول فالوجه عندي ان يكون مراد المصنف ره بقوله ما ذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرنا مجموع ما ذكره في تعليلي المسئلتين فحينئذ يوجد الشمول بلا غبار كما لا يخفى **قوله** وجه الاول ان كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء قال في شرح الدراية قال الصندوانى كنا نفرق بهذا الفرق حتى رايت ما يقضه وهو انه لو قطع يده فذهب عقله ان عليه دية العقل وارش اليد بلا خلاف من احد فلو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب ارش اليد كما لو مات

وبه تفاوت السمع والكلام بمنفعة العقل والبصر فاعتبر فلا يلحق به **قال** في الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رح قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين **قال** وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر بعض سن رجل فاسود ما بقي لم يقتص منه وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كالو شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك ما زاد عليها وفي الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ منه الى غيره فقتله يجب القود في الاول والدية في الثاني ولهما ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر فاورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا **قال** وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رح وقالا وزفر والحسن رح يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد رح في المسئلة الاولى وهو ما اذا شجه موضحة فذهب بصره ان في الموضحة القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد رح على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما لو آل الى النفس وقد وقع الاول ظلما وجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة **قال** ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة رح لان محمدا رح يوجب القصاص فيهما فكانتا فهو على الروايتين هاتين **قال** ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رح وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف رح انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال **قال** ولو ضرب انسان سن انسان فتحركت يستأنى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول للضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا وان اختلفا بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم تسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف رح انه تجب حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد ان شاء الله تعالى

والصحيح من الفرق ان الجناية وقعت على عضو واحد في العقل ووقعت في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى اقول كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بمسئلة التي ذكرها الهندواني كذلك ينتقض بما عده صحيحا من الفرق بتلك المسئلة فان الجناية وقعت فيها ايضا على عضو واحد وهو اليد مع انه لا يدخل ارش اليد في الدية وان اعتبر المحل في تلك المسئلة عضوا مغائرا للعضو اليد فيكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم لم يعتبر العقل في مسئلة الشجة ايضا عضوا مغائرا لمحل الشجة حتى يكون هذه المسئلة ايضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارش في الدية كما في السمع والبصر فالجواب ما عده الهندواني صحيحا من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض ايضا فتامل **قوله** ووجه الثاني ان السمع والكلام مبطن قال صاحب العناية قيل يريد به الكلام النفسي بحيث لا يرتسم فيها المعاني ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسيرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا نظر انتهى اقول يمكن ان يقال المراد به هو الثاني والمراد بكون السمع والكلام مبطنا كون محلهما مستورا غائبا عن الحس بخلاف البصر فان محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى **قوله** وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل اقول لقائل ان يقول هذا يخالف وينافي ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده فان مقتضى ما اسلفه ان يجب في الكل كما اذا سبب الدية ويدخل الجزء في الكل على خلاف ما ذكره هنا اللهم الا ان يكون مبناه اختلاف ما ذكره في المقامين على اختلاف الروايتين في المسئلة ومما يعضده كلام تاج الشريعة هنا حيث قال وذكر الصدر الشهيد في الجامع على نحو ما ذكر هنا وذكر فخر الاسلام البزدوي في مبسوطه اجمعوا على انه لو قطع مفصلا من اصبع فشل الباقي فانه يجب في الكل الارش ويجعل كله جناية واحدة انتهى تدبر **قوله** ولهذا يستأنى حولا بالاجماع اي يؤجل سنة بالاجماع وذكر في التتمة ان سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل الا ان قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الارش لانه لا يدري عاقبته انتهى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك اجمالا وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف رح وانما الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تاثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في انباته وقال ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشائخنا قالوا الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع انتهى اقول نظره ساقط لان الذي ينافي الاجماع ما نقله عن الذخيرة انما هو مفهوم قوله وبعض مشائخنا قالوا اي مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك انما هو عدم اجماع المشائخ لا عدم اجماع المجتهدين ومراد المصنف رح بالاجماع في قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع انما هو اجماع المجتهدين دون اجماع المشائخ وانتفاء احد الاجماعين لا يستلزم انتفاء الآخر الا يرى ان المشائخ كثيرا ما يختلفوا في رواية المسئلة عن المجتهدين فبعضهم يروي اجماع المجتهدين فيها وبعضهم يروي اختلافهم فيها وما نحن فيه يشبه ان يكون من هذا القبيل كما يشعر به ما ذكر في غاية البيان فانه قال فيها ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر ابي يوسف رواية ابن سماعة قال ابو يوسف رح رجل قلع سن رجل لا انتظر به حولا وانما انتظر بسن الصبي ما تقضي عليه بارشها

ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي لا يقتص لما ذكرنا
وكذا لو احمر او اخضر قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف يجب عليه ارش الالم وهو حكومة عدل
لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة يقول
ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا
لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل
النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان
الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه
قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا
الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع

وذلك لا تقع بها السن بعد البلوغ الا نادرا والى هذه الرواية مال بعض اصحابنا مثل خواهرزاده وغيره وقال الناطفي ايضا قال في المجرد ولو نزع سن صبي ينبغي للقاضي
ان يأخذ ضمينا من النازع للمنزوع سنه ويؤجله سنة منذ يوم نزع سنه فاذا مضت سنة ولم تنبت اقبض له وعلى هذه الرواية لا فرق كثير من مشائخنا بين سن البالغ
والصغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما الى هنا لفظ الذخيرة والظاهر ان المصنف ره ايضا ذهب اليه فقال ولهذا
يستأنى حولا بالاجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ وادعى الاجماع لما ذكر في الذخيرة منافيا للاجماع ولم يجعل ما ذكر في التتمة منافيا له حيث لم يورد التنظير
مع كون منافاته اياه اظهر على تقدير حمل الاجماع على اجماع المشائخ كما هو مدار نظره المذكور وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحب الكفاية ومعراج الدراية
قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع يخالف رواية التتمة قوله ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله قال في الذخيرة و
المحيط اوجب محمد ره كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين ان يكون السن من الاضراس التي لا ترى ومن العوارض التي ترى قالوا يجب ان يكون
الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضراس التي لا ترى ان فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الارش كاملا والا يجب حكومة العدل وان كان
السن من العوارض التي ترى وتظهر يجب كمال الارش بالاسوداد وان لم يفت منفعته لانه فوت جمالا على الكمال انتهى وهكذا ذكره الشراح ههنا وعزاه
اكثرهم الى الذخيرة فقط اورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل انه مخالف لما ذكروه قبيل فصل الشجاج من ان الجمال تابع في العضو الذي
يقصد منه المنفعة انتهى اقول يمكن ان يجاب عنه بان المنفعة في الاسنان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وان حصلت فيها ايضا في الجملة وانما
المقصود منها بالذات الجمال والزينة للانسان وما ذكروا قبيل فصل الشجاج من كون الجمال تابعا انما هو في الاعضاء التي يقصد منها المنفعة اصالة كاليد ونحوها
فلا مخالفة قوله لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث قال صاحب الغاية فيه نظر لانه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر آنفا انتهى اقول هذا النظر
في غاية السقوط اما اولا فلان هذا الحديث كما روي موقوفا على ابن عباس والشعبي روي ايضا مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه
هذا صاحب الكافي حيث قال والاصل فيه حديث ابن عباس رض موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا
ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة انتهى وكذا نص عليه المصنف ره في كتاب المعاقل فيندفع بهذا السؤال فكان من كلام النبي عليه الصلوة والسلام
على ما روي مرفوعا اليه بلا ريب وهذا يكفي في صحة عبارة المصنف ره ههنا كما لا يخفى واما ثانيا فلانه على ما روي موقوفا ايضا يحمل على الرواية عن النبي عليه السلام
لانه مما لا يعلم بالرأي بل يتوقف على السماع ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابي عن الكذب والجزاف ويصير الموقوف فيه كالمرفوع على ما تقرر في علم الاصول
ومر في الكتاب مرارا فصح قول المصنف ره في حق هذا الحديث لقوله عليه السلام على كل حال والعجب من صاحب الغاية انه قال وقد مر آنفا والذي مر منه آنفا
يصير جوابا عن نظره هذا فانه قال هناك روى محمد ره بن الحسن في موطاه فقال اخبرنا عبد الرحمن بن ابي الزناد عن ابيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن
مسعود عن ابن عباس رض قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف فيحمل على انه رواه عن
النبي صلى الله عليه وسلم صيانة عن الكذب والجزاف الى هنا لفظه وهذا صريح في الجواب عن نظره ههنا كما لا يخفى قوله غير ان الاول يجب في ثلث سنين
لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد اقول ان قيد ابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد لان المصنف ره قال في اوائل كتاب
الجنايات فيما بيان ان من موجب شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة فلو كان
الحال ههنا مالا وجب بالقتل ابتداء لوجب على العاقلة بمقتضى الاصل المذكور هناك مع انه يجب على القاتل في ماله كما صرح به آنفا فالوجه ان يترك قيد

قال: واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح تجب حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولكن المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال وجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطاء وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رح عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوع عنهما القلم

فصل في الجنين

قال: واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحيوته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي عن النبي عليه السلام انه قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم

ابتداء ههنا فيقال لانه مال وجب بالقتل احترازا عما وجب بالعمد كما في القسم الثاني فانه يجب مالا وبقد اصاب فيما بعد حيث قال ولنا انه مال وجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد **قوله** واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين قال صاحب العناية كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي رح انتهى اقول اعتباره هذا ليس بسديد اما اولا فلان ذكر حكم هذه المسئلة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدوري والبداية ايضا بدون بيان خلاف الشافعي رح اصلا فكيف يصلح بيان المصنف رح في قوله شرحه خلاف الشافعي [illegible] متنه قبل مدة ومن ذكر القدوري اياه في مختصره قبل سنين متكاثرة وهل تتفوه العاقل بمثل ذلك الاعتذار واما ثانيا فلان خلاف الشافعي رح ليس بمختص في حكم هذه المسئلة المنفردة بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الاطلاق فانه لا يقول بالتاجيل [illegible] تعليله المذكور في الكتاب [illegible] الكلية انما هي العمدية [illegible] خلاف الشافعي رح لا يقتضي افراد حكم هذه المسئلة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة بالكلية فلا تمشية للاعتذار المذكور اصلا

فصل في الجنين لما ذكر احكام الجناية المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيان احكامها المتعلقة بالآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الائمة السرخسي في اصوله ان الجنين ما دام مجتنا في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكنه منفرد بالحيوة معد لان يكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون اهلا لوجوب الحق له من عتق او ارث او نسب او وصية وباعتبار الوجه الاول لا يكون اهلا لوجوب الحق عليه فاما بعد ما يولد فله ذمة صالحة ولهذا لو انقلب على مال انسان فاتلفه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي **قوله** وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم اقول في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة استدراك بعد ان قال قبله معناه دية الرجل لان عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بلا ريب اذ قد تقرر فيما مر ان دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر ديته لا محالة وقد نص عليه ههنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم فما فائدة هذا التفصيل الفارق بين الذكر والانثى في مجرد العبارة وانما كان يظهر فائدته ان لو لم يفسر نصف عشر الدية الواقع في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فانه كان يحتمل حينئذ نصف عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور ومن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف رح ولم يتعرض قبله لتفسير عشر الدية بعشر دية الرجل **قوله** والقياس ان لا يجب شيء لانه لا يتيقن بحيوته قال في العناية وكثير من الشروح تتميما لما في الكتاب وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك انتهى اقول يرد على هذا البيان انه انما يتم ان لو ثبت كون الغرة جزاء فعل القتل وهو ممنوع لجواز ان يكون جزاء اتلاف عضو من الآدمي صالح للحيوة كما يجب في اتلاف سائر اعضائه شيء من الدية على ما مر تفصيله والظاهر في البيان ههنا ما ذكر في غاية البيان ثانيا بقوله ولان الجنين في حكم الاعضاء بدلالة انه لا يكمل ارشه والاعضاء اذا انفصلت بعد الموت لا تتقوم انتهى تدبر **قوله** والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان قيل الظاهر انه حي او معد للحيوة قال الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان يكن انتهى ورد بعض الفضلاء قوله او معد للحيوة في تقرير السؤال حيث قال كونه معدا للحيوة ممنوع لجواز ان يفسد الماء في الرحم فحينئذ ينبغي استعداده للحيوة ولقد اشار اليه في النهاية حيث قال نقلا عن المبسوط ثم الماء في الرحم ما لم يفسد فهو معد للحيوة فيجعل كالحي في ايجاب الضمان باتلافه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في ايجاب الجزاء عليه بكسره انتهى تدبر **قوله** وهي على العاقلة عندنا اذا كانت

وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا اندى من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي رح في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رحمه الله انه قال بلغنا ان رسول الله عليه السلام جعل على العاقلة في سنة

خمسمائة درهم اعلم ان الناظرين في هذا المقام تحيروا في توجيه هذا القيد اعني قوله اذا كانت خمسمائة درهم فقال صاحب النهاية قيد بهذا احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة كذا وجدت بخط شيخي لكن هذا لا يتضح لي لان ما وجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجيء الى هنا كلامه وسائر الشراح ايضا ذكروا التوجيه الذي نقله صاحب النهاية عن القدوري وردوه بما رده صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وقوله اذا كانت خمسمائة كانه سهو القلم فينبغي ان يكون اذ بسكون الذال بالالف بعدها يعني انها انما تجب على العاقلة لانها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة

[illegible]

[illegible]

وكان في الاصل اذ كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة انتهى وكذا تعنى التوجيه الثاني اقول التوجيه الثاني ايضا مردود عندي اذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم لانه يقتضي ان ما يجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة درهم يكون على العاقلة [illegible]
ان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه [illegible] فما فوقها مثل ذلك كله في مال القاتل كما مر في الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه ايضا ثم اقول هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو ان يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الامة مطلقا بان يكون معناه اذا كانت خمسمائة درهم على الثبات بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا انما يكون في جنين الحرة فان الواجب في جنين الامة نصف عشر قيمته لو كان حيا ان كان ذكرا وعشر قيمته حيا ان كان انثى من غير تعيين قدر معين [illegible] ان تبلغ خمسمائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى قوله وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء اقول في تعليله نظر لان مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الجاني بل لا بد من ان يكون البدل اقل من خمسمائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم وقد تقبل هذا الفصل ان عمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا ويمكن ان يقال ان مذهب مالك ان لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما اذا كان اقل من ثلث الدية كما صرح به وما نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المختلف على المختلف تامل تقف قوله ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه اقول في الاستدلال على انه بدل النفس بتسمية النبي عليه الصلوة والسلام دية بحث فانه عليه السلام سمى كثيرا من بدل الاعضاء والاجزاء دية الاترى الى ما مر في فصل ما دون النفس ان سعيد بن المسيب رضي الله عنه روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا كتب لعمرو بن حزم وكتب له ايضا وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية الى غير ذلك فليتامل في الدفع قوله الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة قال صاحب الغاية قول المصنف رح هذا تعليق لقوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة وكانه يقول اذا كانت الغرة اقل [illegible] درهم لا تتحمله العاقلة هذا وفيه نظر لان في جنين الامة لا فائدة على العاقلة اصلا لان الواجب في جنين الامة على الضارب مطلقا انتهى اقول نظره [illegible] المصنف رح الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة انما يدل على انها تعقل خمسمائة فصاعدا بطريق مفهوم العاقلة وهو ليس بمعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا ايضا في الروايات فمفهوم قوله المذكور انها تعقل خمسمائة مطلقا في الجملة لا انها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقض بالواجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب العناية قول المصنف رح الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة جواب عما يقال الحديث يدل على ان الدية على العاقلة قليلا كانت او كثيرا وتمام قيد تم بقولكم اذا كانت خمسمائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى اقول

ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها على من تجب يجب في ثلاث سنين ويستوي فيه الذكر والأنثى لإطلاق ما روينا ولأن في الحيين إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة فإن ألقته حيا ثم مات ففيه دية كاملة لأنه أتلف حيا بالضرب السابق وإن ألقته ميتا ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها وقد صح أنه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الأم ودية في الجنين لأنه قاتل شخصين وإن ماتت ثم ألقته ميتا فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين وقال الشافعي رح تجب الغرة في الجنين لأن الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتا وهي حية ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يختنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك **قال** وما يجب في الجنين موروث عنه لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل **قال** وفي جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى وقال الشافعي رح فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل

الظاهر أن مراده بما يرد عليه من النظر ما ذكره فيما مر بقوله ورد بأن ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ إلى خمسمائة إلا أنك علمت سقوطه أيضا بما بيناه في سقوط نظر صاحب الغاية آنفا ثم أقول في تقريره مراد المصنف رح هنا خلل إذ لا يتم حينئذ السؤال ولا الجواب أما الأول فلأن مدلول الحديث المذكور قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنين الحرة على العاقلة وديته تبلغ خمسمائة درهم بالإجماع فمن أين يدل الحديث على أن الدية لو كانت قليلة بحيث لم تبلغ خمسمائة درهم يكون أيضا على العاقلة حتى يتوجه أن يقال إنه ينافي تقييدكم بقولكم إذا كانت خمسمائة درهم وأما الثاني فلأن الحديث المذكور لو دل على أن الدية سواء كانت أقل من خمسمائة لأن يكون معمولا به في مقابلة ذلك الحديث بدون بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح الجواب عما ذكره كما قرره **قوله**

ولأنه إذا كان بدل النفس من حيث إنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة أقول لقائل أن يقول لم لم يعكس الأمر أي لم يعمل في حق التأجيل بالشبه الأول وفي حق التوريث بالشبه الثاني وما لم يبين وجه ذلك لا يتم المطلوب ههنا والأظهر في تقريره ههنا ما ذكر في الكافي أخذا من المبسوط حيث قال ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه نفس هو ودية في الأم حتى ينفصل عنها حيا فالجناية عليه قبل الانفصال يعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فلا يثبت من التأجيل إلا القدر المتيقن انتهى تدبر تفهم **قوله** لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة قال صاحب النهاية هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب وقوله أكثر بدون الواو بدل أقل أي إذا كان ذلك الأقل أكثر من نصف العشر وفي بعض النسخ أكثر وكلاهما غير صحيح لأنه لا يبقى بدلا حينئذ انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح وقال صاحب العناية وقوله لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها وأكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو إنما يكون إذا كان أكثر صفة لأقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك إلى هنا لفظه أقول فيه شيء وهو أن بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وبين قوله هو الصحيح من النسخ بقصر الصحة على الأول تدافعا لا يخفى اللهم إلا أن يكون مراده قصر الصحة على الأول من حيث الرواية لا من حيث سداد المعنى فحينئذ يندفع التدافع وقال صاحب الغاية وقوله أكثر بدون الواو العاطفة في أوله على أنه صفة لقوله أقل أي إذا كان بدل العضو ثلث الدية أو كان أقل من ثلث الدية لأن ذلك الأقل أكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة ولكن لنا في التقييد بالأكثر نظر لأنه قد يكون أكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية إلى ثلثها يجب في سنة انتهى ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال وفي بعض الشروح أن تقييده بالأكثر ليس بمفيد لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكأنه ارتضاه وأشار صاحب الكفاية إلى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الأولى لكن التقريب إنما يتأتى أن لو كان نصف العشر واجبا في سنة لأن الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له لأنه لما كان الأكثر من نصف العشر موجلا بسنة فأولى أن يكون نصف العشر موجلا بها انتهى أقول فيه نظر إذ لا نسلم أنه إذا كان ما هو أكثر من نصف العشر موجلا البتة فأولى أن يكون نصف العشر أيضا موجلا بسنة لجواز أن يكون نصف العشر غير موجل أصلا كأقل من نصف العشر أو يكون موجلا بأقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى **قوله** ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يختنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألقت جنينا ميتا لاحتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال أن لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجهين احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك قياسا ولا دلالة فتجعله على أصل القياس

تصحيح

ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما عرف ولو لم تنتقص لا يجب شيء اعتبارا بجنين الحرة لانه لا يجب الا باعتبار النقصان عنده **قال** فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد رحمه الله تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد ان شاء الله تعالى **قال** ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز عن العلقة والدم فكان نفسا والله اعلم

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك **قال** ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق به ما في معناه اذ المانع متعنت فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام **قال** وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا او ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كي لا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما **قال** واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه تسبب لهلاكه متعديا بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا لم يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته

وهو عدم وجوب الضمان كذا في العناية اخذا من النهاية واورد بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال لقائل ان يقول النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم في الجنين غرة يشمله فلا حاجة الى الالحاق انتهى اقول هذا المجيب من مشله فان مضمون ايراده مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة هنا ولم ينطق بجواب ايراده اصلا والذي ذكره في شرح تاج الشريعة هنا هكذا فان قلت عموم قوله عليه السلام في الجنين غرة عبدا او امة يتناول المتنازع فيه قلت لا بد من اضمار فيصير كانه قال في اتلاف الجنين غرة والشك وقع في ذلك انتهى تأمل تفصيل جوابه يحصل صالح **قوله** ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها اقول لقائل ان يقول ان اراد انه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليله يكون ما ذكره هنا مناقضا لما قاله فيما قبل من انه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث اتصاله بالام وان اراد انه بدل نفسه من وجه لا يكون هذا دليلا على مدعانا ودافعا لما قاله الشافعي رحمه الله من انه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل فليتأمل

باب ما يحدثه الرجل في الطريق لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة شرع في بيان احكامه تسببا وقدم الاول لكونه اصلا لانه قتل بلا واسطة ولكونه اكثر وقوعا فكان امس حاجة الى معرفة احكامه **قوله** ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق به ما في معناه اذ المانع متعنت اقول هذا المقام محل الكلام فان المدعى هنا وهو اباحة الانتفاع بالامور المذكورة انفا للذي عملها ما لم يضر بالمسلمين مما يتفق عليها بين الائمة ودليله المذكور في الكتاب لا يتمشى الا على اصل محمد رحمه الله اما اولا فلان قوله فيلحق به ما هو في معناه دليله تام على اصل ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله كما صرح في الشروح وعامة المعتبرات ان عندهما ان لكل احد من عرض الناس مسلما كان او ذميا ان يمنع القاتل من الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا اراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على راي الامام فيما اليه تدبيره فلكل احد ان ينكر عليه فظهر منه ان عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على امر منكر على اصلهما وهو الافتيات على راي الامام فيما اليه تدبيره وان لم يضر بالمسلمين فلم يتصور عندهما ان يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على امر منكر اصلا حتى يصح الحاق ذلك به واما ثانيا فلان قوله اذ المانع متعنت ليس بتام ايضا على اصلهما قطعا اذ لو صح عندهما كون المانع متعنتا لما ذهبا الى جواز منعه شرعا وقد عرفت كون مذهبهما ذلك ودليلهما الذي اتفاعليه فتبصر **قوله** وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرناه في اول الباب قال الشراح يعني الكنيف والجرصن اقول لعل قول المصنف رحمه الله هذا مستدرك لان ما مر انفا من لفظ مختصر القدوري وهو قوله واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته كان متناولا لجميع ما ذكر في اول الباب اما الميزاب فصريحا كما ترى واما لغير ذلك فلعموم قوله او نحوه فلا حاجة الى ما ذكره المصنف رحمه الله هنا بل لا توجيه للفظ وكذلك سيما بالنظر الى الميزاب تأمل **قوله** وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة اقول فيه نوع تسامح لان جواب المسألة السابقة وجوب الدية على العاقلة وفيما اذا عطبت به دابة تجب ضمانها في ماله صرح به في الكافي وغيره وكلمة كذا تقتضي الاشتراك في الجواب

ولو استأجر رب الدار العملة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم ينتقل فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به عادة لا يضمن

وهو غير متحقق في قوله او عطبت به دابة اللهم الا ان يكون المراد بكلمة كذا ههنا هو التشبيه والتشريك في مجرد وجوب الضمان لا في وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما سبق فيعم قوله اذا تعثر بنقضه انسان وقوله او عطبت به دابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو من التساهل **قوله** ولو استأجر رب الدار العملة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح للاجراء انبوا جناحا لي على فناء داري فانه ملكي او لي حق اشراع الجناح اليه من القديم ولم يعلم العملة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فاصاب شيئا فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر وكان له ان يرجع به عليه كما لو استأجر غيره ليذبح له شاة ثم تحققت الشاة بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر لانه غره كذا ههنا وان قال للآجر اشرعوا جناحا على فناء داري واخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح القديم او لم يخبرهم حتى بنوا جناحا بامره ثم سقط فاتلف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فكذلك على جواب لانه امرهم بما لم يملك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جاره فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وكذا لو استأجرهم ليبنوا بنيانا في وسط ثم سقط فاتلف شيئا لم يرجعوا على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الامر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجه على معنى انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث ان الامر صحيح يكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهارا لشبه الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهاره قبل الفراغ لان امر الامر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل كذا ذكره جمهور الشراح ههنا اقول هذه الوجوه في هذه المسئلة بهذا التفصيل والبيان وان كان مما قاله شيخ الاسلام وارتضاه جمهور الشراح لكنه مشكل عندي من وجوه الاول انهم قالوا في تعليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكروها لانه امرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر وهو انما يتم فيما اذا اخبرهم بان ليس له حق في ذلك لا فيما اذا لم يخبرهم بذلك اذ لا علم لهم بفساد الامر في هذه الصورة وقد سووا في وضع المسئلة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا واخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح في القديم او لم يخبرهم والثاني انهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث امره غير صحيح من حيث ان فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ من العمل مع ان مدخلية هذه الحيثية في فساد امره فيما نحن فيه غير ظاهرة لانه لم يامرهم ببيعه ولم يفعلوا ذلك حتى يفسد امره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل الفراغ من العمل بل امرهم بالانتفاع بذلك باشراع الجناح اليه وفعلوا ذلك ولا شك انه مملوك له من حيث الانتفاع له به كما صرحوا به فكيف يفسد امره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد الامر والثالث انهم قالوا في الوجه الاول الضمان على الآجراء ويرجعون به على الامر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده وقالوا في الوجه الثالث وفي الاستحسان يكون الضمان على الامر والظاهر منه ان يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب الاستحسان على الامر ابتداء مع ان الفقه يقتضي اولوية كون الضمان في الوجه الاول ايضا اذا كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الآمر ابتداء لان الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الامر انه ملكي او لي حق ذلك الفعل من القديم بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهما في سائر الامور كما ترى ثم اقول تقرير المصنف في هذه المسئلة وتعليلها لا يوافق ما ذكره الشراح ههنا من التفصيل المنقول عن شيخ الاسلام بل يأباه جدا فان المصنف جعل المسئلة على وجهين جعل احدهما السقوط قبل فراغهم من العمل والآخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم احدهما مخالفا لحكم الآخر مطلقا وقال في تعليل الاول ان التلف كان بفعلهم وان فعلهم انقلب

ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شئ وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه من العمل فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر **قال** ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع آخر

فما انتفى وجب عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم الى رب الدار واقتصر عليهم ولا يخفى ان هذا التعليل يقتضي ان يكون الضمان عليهم لا على الآمر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا اي في الوجه الاول ايضا من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الاسلام وهو ما اذا لم يعلموا انه ليس له حق في ذلك لان فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل في عقد الآمر ولم يتسلم اليه بل اقتصر عليهم كان اخباره لهم بان له حقا في ذلك وعدم اخباره لهم سواء ويقتضي ان لا يتم في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكروه لرجوعهم بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا في الوجه الاول من الوجوه التي ذكرها سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده بقولهم لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر وكان له ان يرجع به عليه فان فعلهم لما انقلب قتلا في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل صار مخالفا لامر الآمر خارجا عن عقده فلم يكن بامر الآمر فما كان وجوب الضمان عليهم بامره بل كان بفعل انفسهم ويقتضي ايضا ان لا يتم نظيرا الوجه الاول بما لو استاجر غيره ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل فان فعل الذابح هناك لم ينقلب الى ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو الداخل في العقد فاذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الآمر بحكم التغرير بخلاف ما نحن فيه في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت آنفا انتهى ثم ان بعض الفضلاء قال هنا لا يقال فرق بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما في الكتاب محله المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم الجملة وعدم علمهم بفساد الامر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا يتصور المباشرة فيما بعد الفراغ التسبيب لانا نقول اشراع الجناح مطلقا سبب لا مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة وسيجي من الشارح ايضا يعني صاحب العناية اقرارا بانه تسبيب وانه ليس بمباشرة الجناح مباشرة القتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة له بعده فلا يخلو بان يكون مباشرة من الفعل او الآمر فان كان مباشرة من الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعا كما في السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شئ منهما بل يجب الضمان على الآمر وهو رب الدار استحسانا كما ذكر في الكتاب ولو كان مباشرة من الآمر وجب عليه الكفارة لا محالة ولم يقل به احد والتشبيه بذبح الشاة انما وقع في صورة السقوط بعد الفراغ او في صورة السقوط بعده والذي سيجي من الشارح ايضا لا بد وان يحمل على كون اشراع الجناح مباشرة في الصورة الاولى لا في الصورة الثانية واما كون اشراع الجناح مطلقا الفعل او وان لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فبمعزل عما فيه للكلام وغير مفيد في دفع السؤال المذكور كما لا يخفى **قوله** ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش **اقول** في تحرير المصنف رحمه الله هنا شئ وهو ان الظاهر من قوله فيما مر آنفا وكذا اذا رش الماء بعد قوله وكذا اذا صب الماء ان مسئلة رش الماء تغاير مسئلة صب الماء وقد ذكر هنا الصب في اصل المسئلة حيث قال ولو تعمد المرور في موضع صب الماء وذكر الرش في جوابها حيث قال لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسئلة ويمكن ان يعتذر عنه بانه انما فعل هكذا ايماء الى اتحاد مسئلتي الصب والرش في هذا الحكم مع الاشارة الى العلم بمغايرتهما فيما مر من قبل **قوله** واذا استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا قال في العناية لم يتعرض المصنف بان ذلك اذا علم الاجير ان الفناء لغير الآمر واذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على ان هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب انه للمستاجر حيث قال وان استاجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان او دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير ان الفناء لغيره فالضمان على المستاجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر انتهى **اقول** ما ذكره الامام المحبوبي في جامعه وان دل على ان الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب ان الفناء للمستاجر الا انه يدل باطلاقه على ان الجواب في موت الانسان فيه بعد فراغ الاجير من العمل وقبله سواء والذي ذكر في الكتاب مقيد بكون موته بعد تعقله به بعد فراغ الاجير ولم يتعرض لما

وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على راي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا ان حفر في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفر في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رحمه الله ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبير وقال محمد رحمه الله هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه **قال** وان استاجر اجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرة اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المامور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد فترجح جانبه

الشارح ايضا فتبصر **قوله** وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن قال بعض الفضلاء الامر من السلطان اكراه فقوله او اجبره كالعطف التفسيري انتهى اقول ليس هذا بسديد لان كون مجرد الامر من السلطان اكراها ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال ان مجرد امر الامام ليس باكراه فيجاز ان يكون قوله في الجامع الصغير او اجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك مبنيا على ذلك ولئن سلم ان كونه اكراها قول مختار فالظاهر ان الامر ههنا كناية عن الاذن لا يستلزم الامر الاذن وعطف الجبر عليه قرينة على ذلك ومن هذا قال في غاية البيان في تعليل هذه المسئلة وذلك لان للامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله باذن الامام وقال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام انتهى ولا شك ان مجرد اذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان عن الفاعل صرح به في عامة المعتبرات فيكون قوله او اجبره عليه مسئلة اخرى لا محالة واما كون قوله او اجبره عليه عطفا تفسيريا فمما لا وجه له لان العطف التفسيري لم يسمع في كلمة او ومعناه ايضا لا يساعد ذلك وانما شاع ذلك في كلمة الواو لمساعدة معناها اياه ولكن بقي لنا شيء في قول محمد رحمه الله او اجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك وهو انه اذا علم عدم ضمان الفاعل فيما اذا امره السلطان بما فعله يعلم عدم ضمانه قطعا فيما اذا اجبره عليه فما فائدة ذكر قوله او اجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك نعم لو قال فان اجبره السلطان على ذلك او امره به لكان له حسن لكون الثاني من قبيل الترقي تامل تفهم **قوله** وكذلك الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره قال عامة الشراح اراد بقوله مما ذكرناه ما ذكره من اول الباب الى ههنا من اخراج الكنيف او الميزاب او الجرصن الى الطريق وبناء الدكان فيه واشراع الروشن وحفر البير وزاد صاحب الغاية ووضع الحجر وقالوا اراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع اقول مما ذكره من اول الباب الى ههنا صب الماء في الطريق وكذا رش الماء او التوضي فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر احد من الشراح ايضا شيئا من ذلك مع التزامهم البيان والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما تركوه وما بعده وان عمموا ان الجواب فيما تركوه خلاف الجواب فيما ذكروه كان عليهم البيان والنقل ثم انهم جعلوا بناء الظلة من غير ما ذكر في الكتاب مع انه قد ذكر في الكتاب حيث قال ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح والظلة فوقع فقتل انسانا الى آخره ويمكن ان يعتذر عن الثاني بان الكلام ههنا فيما فعل في طريق العامة وقد حمل الشراح مسئلة استيجار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة المذكورة في الكتاب فيما مر على ما فعل في فناء الدار لا في طريق العامة فلم يجعلوها مما نحن فيه هنا وارادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما عدوه في الكتاب بناءها في طريق العامة او انهم حملوا المراد بما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الانسان بنفسه دون ما استاجر الغير لفعله فلم يعدوا ما استاجر رب الدار لفعله لاخراج الظلة مما نحن فيه هنا وارادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءه بنفسه لكن الظاهر ان الجواب على التفصيل المذكور وهو انه لو فعله بامر السلطان لم يضمن ولو فعله بغير امره ضمن متمش فيما فعل في فناء الدار ايضا وفيما فعل باستيجار الغير لفعله ايضا فلا فائدة في التخصيص بل لا فائدة له فتفكر **قوله** وكذا اذا حفر في فناء داره يعني وان لم يكن الفناء ملكه كذا في العناية وغيرها اقول يرد عليه انه ينافي ما ذكر في ما مر من المسئلة المفرعة الجميع عليها وهو قوله واذا استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا فتامل **قوله** وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه قال جمهور الشراح في تفسير قوله او كان له حق الحفر فيه بان كان لا يضر لاحد واذن له الامام في ذلك اقول في كل من وجهي تفسيرهم خلل اما في الاول فلان قول المصنف رحمه الله اما اذا كان لجماعة من المسلمين او مشتركا الى آخره يأبى عنه فان عدم الضرر لاحد قد يتحقق في صورة كونه لجماعة من المسلمين او مشتركا ايضا وقد جعل الحكم فيها خلاف ما اذا كان له حق الحفر فيه واما في الثاني فلانه اذا اذن له الامام يجوز

وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس مملوكا له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم ان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستأجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه **قال** ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعدٍّ هو تسبيب والثاني تعدٍّ هو مباشرة فكان الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي **قال** ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن

له التصرف في طريق العامة ايضا فلا يضمن ما عطب فيه كما مر آنفا ولا شك ان مراد المصنف ره بقوله بعد بيان ذلك وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن وكذا اذا حفر في فناء داره هو ان الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون اذن الامام ايضا وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن يعني كما اذا امر ان يحفره في طريق المسلمين لم يضمن كذلك ان حفره في ملكه بلا اذن الامام لم يضمن فلا معنى لحمل ما قيل في مسألة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم الضمان بدون اذن الامام ايضا على التقييد باذن الامام كما لا يخفى وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وقيل انما يكون له ان يحفر في فناء داره اذا كان الفناء مملوكا له او كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي اما اذا كان الفناء لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى اقول قد زاد ذلك الشارح نغمة في الطنبور من جهة الفساد حيث شرح قوله او كان له حق الحفر فيه بان قال او كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره فاشترك مع جمهور الشراح في ان يرد عليه ما يرد على الوجه الاول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل وقال في تعليل ذلك لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي ويرد عليه ان التقييد بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة وجواب هذه المسألة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى ثم اقول الصواب عندي ان معنى قوله او كان له حق الحفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك الموضع موقوفا عليه بالانتفاع فيه او كان مما استأجره للانتفاع فيه او نحو ذلك فحينئذ ينتظم السباق واللحاق بلا غبار كما ترى **قوله** وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم قال صاحب العناية في عبارة المصنف ره تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا يحتاج الى كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعليل بقوله انه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا انتهى اقول ليس هذا بسديد لان مدار زعمه التسامح في عبارته على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعليل ولا شك انه داخل فيه فقوله لم يصح امره بما ليس بمملوك له اشارة الى انتفاء صحة امره حقيقة وقوله ولا غرور اشارة الى انتفاء صحته ظاهرا والمعنى لم يصح امره حقيقة لانتفاء الملك في المأمور به ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا فظهر ان ما ذكره المصنف ره تعليل مفيد واسع ليس بمثابة ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فلم يتم القول بان ذاك هو المناسب **قوله** فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا معنى قوله لان كونه فناء له بمنزلة كونه ملكا له لانطلاق يده في التصرف فيه الى آخره قال في العناية اخذا من معراج الدراية فان قيل قوله ليس لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته اجيب بان قوله ليس لي فيه حق الحفر يحتمل ان يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى اقول في الجواب بحث لان كلمة ليس لنفي مضمون الجملة حالا عند جمهور النحاة على ما تقرر في موضعه فحينئذ لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غير نفي حق الحفر عنه حالا واما عند بعض النحاة فكلمة ليس وان كانت للنفي مطلقا الا ان معناه ان مضمون الجملة اذا قيد بزمان من الازمنة فهو على ما قيد به واما اذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الايجاب عليه في نحو زيد قائم كذا حققه الاندلسي واستحسنه الرضي ففي ما وقع في مسألة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال قطعا فلم يكن مشترك الدلالة كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف ره في تعليل كون الضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم اذ العلم بفساد الامر لا يتصور عند اشتراك دلالة ذلك واما ما وقع في لفظ المبسوط فالظاهر ان المراد به ليس لي ذلك من القديم الى الحال لا ان ليس لي ذلك في القديم لكنه لي في الحال والا لما تم وجه الاستحسان ثم اقول الحق عندي في الجواب ان يقال يتعين ان يكون المراد

وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه
فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد ره انه اذا لبس ما لا يلبسه فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه **قال** واذا كان
المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة
ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة ره وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب وكل احد مأذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله
باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة ره وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه
واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط
السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه
الاستئذان من اهله **قال** وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان في غير الصلاة ضمن وهذا عند ابي حنيفة ره

بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على ان يكون اللام في لي للاختصاص فيجوز ان يكون فناء داره حق عامة المسلمين او مشتركا بان كانت في سكة
غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من اطلاق يده في التصرف فيه اذ يجوز لكل احد التصرف في حق العامة بشرط السلامة ولا ينافي ايضا قول المصنف ره
في تعليل وجه القياس لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم لان فساد الامر مقرر على كل من الاحتمالين اما على احتمال ان يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر اصلا
اي لا على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر واما على احتمال ان يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلان الامر بالحفر في حق العامة او في
الحق المشترك بدون اذن الشريك فاسد لانه تعد ولانه لو فعله بنفسه فتلف به انسان او بهيمة يجب عليه الضمان **قوله** وهذا اللفظ يشمل الوجهين
قال جمهور الشراح اشار المصنف ره بقوله وهذا اللفظ الى قوله فعطب به فهو ضامن واراد بالوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الانسان بوقوع الشيء
المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق اقول ما ذهبوا اليه من كون قول المصنف ره وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد
من وجهين احدهما انه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه
وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا اذا سقط فتعثر به انسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستدركا محضا وثانيهما انه لو كان
مراد المصنف ره ذلك لذكر قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهي قوله وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن اذ
لا وجه لتاخير بيان ما في المسئلة الاولى عن ذكر المسئلة الثانية بلا امر داع اليه وقال صاحب العناية بعد ان شرح المقام على ما ذهب اليه جمهور الشراح وفيه نظر
لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعثر به ثم قال ولعل المصنف ره نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه
انتهى اقول ان قوله ولعل المصنف ره نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لا معنى له لان قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه
فكيف يتصور صحة المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه وانا اتعجب من هؤلاء الشراح كيف حملوا مراد المصنف ره ذلك المتفطن النحرير على ما يأباه
من له ادنى دربة باساليب الكلام وجعل تاج الشريعة قول المصنف ره وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو الحق الصريح عندي
ايضا فانه مصون عن المحذورات المذكورة كلها ورده صاحب العناية بعد ان نقله حيث قال وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى
قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور انتهى اقول رده مردود اذ لا يخفى انه
يتصور ان يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم الكبير ايضا في حالة النوم بل في حالة اليقظة ايضا فيتحقق بذلك فيموت نعم تحقق مثل هذه الصورة
نادر لكن امكان وقوعه كاف في تعميم المسئلة كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه آخر فقال وذلك ان نقول الى
قوله فسقط فعطب به انسان يعني ان هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير
ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه الا يرى الى دليله الى هنا لفظه اقول كل من مقدمات كلامه كاسد اما قوله يعني ان هذا
اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير فلان الفرق بين اللفظين نفسهما بدون
ان يكون له تاثير فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو من الكلام ههنا ومثله لا يليق بمن له ادنى تمييز فضلا عن
المصنف ره الذي هو علم في التحقيق واما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه فلان المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما
نحن فيه واما قوله الا يرى الى دليله فلان عموم الدليل لا يقتضي عموم المسئلة الا يرى ان كلية الكبرى شرط في انتاج الشكل الاول مع

وقالا لا يضمن على كل حال لو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلوة ولان المنتظر للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده

مع كون النية خاصة **قوله** وقالا لا يضمن في الوجهين اي فيما اذا فعل ذلك احد من العشيرة وفيما اذا فعله احد من غير العشيرة قال صاحب معراج الدراية قوله وقالا لا يضمن في الوجهين وهما اذن الامام او العشيرة او عدم اذنهما وتبعه الشارح العيني اقول تفسير الوجهين هنا بما ذكره ذانك الشارحان لا يطابق المشروح كما لا يخفى على ذي مسكة **قوله** ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم اي تعليم الفقه والحديث او للصلاة يعني منتظرا لها او نام فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث قال المصنف ره فهو على الاختلاف وهو اختيار بعض اصحابنا واختاره ابو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني ليس فيما ذكره خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق اقول في تقريره فان الاختلاف بين اصحابنا ابي بكر الرازي قول بعضهم وابي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر انما هو فيما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلوة او قعد للتدريس تعليم الفقه او الاعتكاف او قعد يذكر الله ويسبحه او ليقرأ القرآن فعثر به انسان فمات واما فيما اذا قعد لحديث او نام فيه او قام فيه لغير الصلوة او مر فيه مارا فعثر به انسان فمات ففيه اختلاف بين ابي حنيفة رح وصاحبيه بلا خلاف من احد اصحابنا على ما بين وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية ايضا نقلا عن الذخيرة ولا ريب ان ما ذكره المصنف ره هنا من الصور فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب الكافي على الاطلاق وهو اختيار بعض اصحابنا الى آخر كلامه ثم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال وان كان في غير الصلوة ضمن وغير الصلوة يشمل هذا المذكور كله والجواب ان قوله وان كان في غير الصلوة ضمن وغير الصلوة يشمل هذا المذكور كله لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المصنف ره بيان لذلك انتهى اقول في كل واحد من سؤاله وجوابه سقامة اما في الاول فلان وضع المسئلة فيما قال وان كان في غير الصلوة انما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشتمل قوله وان كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة والمرور فيه مارا واما في الثاني فلان لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس في المسجد ولفظ المصنف ره شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفا فكيف يكون هذا بيانا لذاك ثم قال وقوله فهو على هذا الخلاف يفيد اتفاق المشائخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما ذكرنا اقول لا نسلم انه يفيد اتفاق المشائخ على ذلك لجواز ان يكون مختار المصنف ره ايضا ما اختاره ابو بكر الرازي فبناء على ذلك لم يذكر القول الآخر ومثل هذا ليس بعزيز في كلمات المشائخ ثم قال وكان من حق الكلام ان يقول فقد قيل على الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى اقول لعل سر ان المصنف ره لم يقل هكذا هو ان ما ذكره من الصور يشتمل على ما ليس من جنس العبادة ايضا ولم يقل احد بانه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فكيف يتم قال المصنف ره مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام اختلاف كلامه كاختلاف كلام ذلك الشارح في شرحه كما حيث يلزم ان يصرح في اختلاف المشائخ على الموفاق ايضا فقال فهو على هذا الاختلاف بالسابات جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيار الماء اختاره ابو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تامل فان هذا معنى لطيف وتوجيه حسن **قوله** لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا الى آخره اقول هذا التعليل قاصر عن افادة مدعاهما لان بعضا من المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور والقعود فيه لحديث فان شيئا منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلوة ولا من الانتظار للصلوة فلا يتم التقريب

فصل في الحائط المائل قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استئصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي **قال** ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعد ابتداء كما في اشراع الجناح **قال** وتقبل شهادة رجلين او رجل وامرأتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرناه ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى ابي اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان على اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان له ولاية النقض ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي **قال** وان سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان تفريغها اليه **قال** واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطأت الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت

فصل في الحائط المائل لما ذكر احكام القتل الذي يتعلق بالانسان مباشرة او تسبيبا شرع في بيان احكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائط المائل وكان حقه ان يؤخر عن مسائل جميع الحيوانات تقديما للحيوان على الجماد الا ان الحائط المائل لما ناسب الجناح والروشن والكنيف وغيرها الحق مسائله بها ولهذا اتى بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا في النهاية وغيرها **قوله** والاصل انه يصح التقديم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه اقول لقائل ان يقول ينتقض هذا الاصل بما سيأتي في الكتاب من انه يصح التقدم على احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده ويمكن الجواب عنه بوجهين احدهما انه يجوز ان يكون هذا الاصل على موجب القياس وما سيأتي في الكتاب جواب الاستحسان ووجهه ما ذكر هناك واما جواب القياس فيه فهو ان لا يضمن احد من الورثة شيئا اما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض واما غيره من الورثة فلعدم التقديم اليهم وقد صرح بذلك في المبسوط وذكر في الشروح ايضا فيما سيجيء وثانيهما انه يجوز ان يكون المراد ههنا ممن يتمكن من نقض الحائط من يتمكن منه وحده او مع مشاركة غيره وممن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه اصلا واحد الورثة في المسئلة الآتية وان لم يتمكن من نقض الحائط وحده الا انه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا ينتقض **قوله** والضمان في مال اليتيم اقول في هذا الاطلاق نوع قصور لان ما تلف بالحائط المائل ان كان من النفوس يجب الدية على عاقلة صاحب الحائط لا في ماله وان كان من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله وقد مر هذا كله في الكتاب لكن الضمان في مال اليتيم انما يتصور في تلف الاموال لا في تلف النفوس فما معنى الحكم ههنا بكون الضمان في مال اليتيم على الاطلاق **قوله** لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل اقول كان مدعاهما في الفصلين اي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلثة كما افصح عنه المصنف رح بقوله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين والدليل الذي ذكره من قبلهما خاص بالفصل الاول فكان قاصرا في الظاهر عن افادة تمام المدعى وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المصنف رح من قبلهما وفي مسئلة البئر تلفت النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين انتهى والجواب من جانب المصنف رح ههنا هو ان الدليل الذي ذكره من قبلهما وان كان يخص الفصل الاول بعبارته الا انه يعم الفصل الثاني ايضا بدلالته كما لا يخفى على ذي فطانة فاكتفى بذلك ولو لا مدار الكلام ههنا على الاكتفاء بانفهام تمام المرام لكان ما زاده صاحب الكافي ايضا قاصرا عن افادة تمام المدعى ههنا لان الفصل الثاني ليس مسئلة حفر البئر وحدها بل هو مسئلة حفر البئر وبناء الحائط جميعا وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى

باب جناية البهيمة والجناية عليها لما فرغ من بيان احكام جناية الانسان شرع في بيان احكام جناية البهيمة ولا شك في تقديم الانسان على البهيمة مرتبة فلذا ذكره كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول يرد عليه انه لم يفرغ من بيان احكام جناية الانسان مطلقا بل بقي منها احكام جناية

ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه **قال** وان اصابت بيدها او برجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف **قال** فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه

الملوك ولا شك ان المملوك من الانسان ايضا مقدم على البهيمة رتبة فكان ينبغي ان يقدم عليها ذكرا ايضا فلم يكن القدر المذكور من التوجيه كافيا في افادة حق المقام وقال في غاية البيان وكان من حق هذا الباب ان يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة النطق في المملوك ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق الحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الجرصن ونحو ذلك انتهى اقول يرد عليه ايضا انه لو كان هذا الباب ملحقا بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الحيثية المذكورة لما ذكرت مسائل هذا الباب في باب مستقل بل كان حقها ان تذكر في فصل كما قالوا في فصل الحائط المائل تدبر **قوله** ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها قال الشراح قاطبة يقال نفحت الدابة شيئا اذا ضربته بحد حافرها وقال صاحب النهاية بعد ذلك كذا في الصحاح والمغرب واقتفى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية اقول كون المذكور في المغرب كذلك مسلم فانه قال فيه نفحة الدابة ضربته بحد حافرها واما كون المذكور في الصحاح كذلك فممنوع اذ لم يعتبر فيه كون الضرب بحد الحافر بل قال فيه ونفحت الناقة ضربت برجلها ثم اقول بقي اشكال في عبارة الكتاب وهو ان الذي ينطق به ما ذكر في كتب اللغة ومما ذكره الشراح ههنا ان لا يكون النفحة الا بالرجل فيلزم ان لا يصح ذكر او ذنبها في قوله ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها لانه يقتضي ان يكون النفحة بالذنب ايضا بل يلزم ايضا استدراك قوله برجلها لان الضرب بالرجل كان داخلا في مفهوم النفحة لا يقال ذكر الرجل محمول على التاكيد وذكر الذنب على التجريد لانا نقول اعتبار التاكيد والتجريد معا بالنظر الى كلمة واحدة في موضع واحد متعذر للتنافي بينهما كما لا يخفى على الفطن بل التاويل الصحيح ان يحمل النفحة المذكورة في عبارة الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كلاهما بلا اشكال تام **قوله** والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف والمراد النفحة وقال صاحب النهاية في شرحه اي من قوله لما اصابت بيدها او رجلها وقال انما فسر بهذا لانه كان يجوز ان يراد بقوله لما اصابت بيدها او رجلها الوطء وقد ذكرت انه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف احد وانما الاختلاف في النفحة ولو لم يفسر بهذا لكان المراد ان يكون ذلك بالوطء ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك انتهى واقتفى اثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية اقول فيه خلل اما اولا فلان الظاهر من قولهم اي من قوله لما اصابت بيدها او رجلها ان يكون المراد بالاصابة بيدها وبالاصابة برجلها كلتيهما هو النفحة وليس كذلك اذ لا يطلق على الاصابة باليد النفحة وانما يطلق عليها الخبط اذا ضربت باليد ولو سلم اطلاق النفحة عليها ايضا بطريق التجوز فلا يجدي ههنا اذ لا فرق بين الوطء باليد والخبط الذي هو الضرب باليد في وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بلا خلاف احد فلا شيء لان يكون المراد احدهما دون الآخر واما ثانيا فلان القدوري لم يذكر الخلاف في مسئلة السائق اصلا حتى يلزم من توهم ان يكون المراد بقوله لما اصابت بيدها او رجلها هو الوطء اثبات الاختلاف في الوطء وانما الذي بين الاختلاف في هاتيك المسئلة ههنا هو المصنف ره وذا فرع تفسيره مراد القدوري بالنفحة لا منشأ هذا التفسير كما يوهمه كلامهم ثم اقول الحق ان معنى قول المصنف والمراد النفحة هو ان مراد القدوري بقوله او رجلها في مسئلة السائق وبقوله دون رجلها في مسئلة القائد هو النفحة وانه فسر بذلك ليتم قوله في مسئلة القائد دون رجلها اذ لو كان مراده الوطء لم يتم ذلك فان وطء الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد ايضا بلا خلاف احد **قوله** ووجهه ان النفحة بمرأى من السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه اقول لقائل ان يقول ان يد الدابة ايضا غائب عن بصر القائد اذ القود لا يتيسر الا با[illegible]

[illegible]

والالتفات الى القدام فيغيب في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما اصابته بيدها ايضا فينبغي ان لا يضمن ذلك ايضا فليتامل في الفرع قوله قال اكثر المشائخ

ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه اقول ولقائل ان يقول ليس على يدها ايضا ما يمنعها به كما كان في فمها

من اللجام فلا يمكنه التحرز عما اصابت بيدها ايضا فينبغي ان لا يضمنه ايضا فليتامل في الجواب قوله واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر

قال في النهاية وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله واذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة فان الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك

ذكره في المبسوط سوى ان موت المصطدمين في الغالب انما يكون في الفارسين انتهى وقال في العناية اخذا من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان

موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر وقال في معراج الدراية وكذا الحكم اذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسان اتفاقي او بحسب الغالب

انتهى وتبعه الشارح العيني اقول عجيب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين نيرا فان الباب الذي نحن فيه باب جناية البهيمة

والجناية عليها ولا يخفى ان اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شئ فكان خارجا عن مسائل هذا الباب قوله وروى عن علي رض انه اوجب على كل واحد منهما

الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا قال في العناية اخذا من شرح تاج الشريعة فيه بحث من وجهين احدهما ان للخصم ايضا ترجيح جانبه بما ذكره من المعنى

والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض بالواقع في البئر مشيه فيكون فاسدا و

عن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة انتهى اقول ان الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشئ لان القياس انما لا يصلح حجة في مقابلة النص اذا لم

يكن ذلك النص متروك العمل به واما اذا كان متروك العمل به بان عارضه نص آخر وتساقطا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابلته قطعا الا ترى

الى ما تقرر في اصول الفقه ان الدليلين اذا تعارضا وتساقطا يصار من الكتاب الى السنة ومن السنة الى القياس وقول الصحابي ان امكن فلو كان

القياس لا يصلح فيه حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقط الى القياس اذ يكون القياس اذ ذاك

في مقابلة السنة لا محالة والصواب في الجواب عن الثاني ان يقال مراد المصنف ره بقوله فرجحنا بما ذكرنا انا رجحنا قولنا بما ذكرنا من المعقول الذي ماله

القياس بعد ان تعارضت روايتان لا انا رجحنا احدى الروايتين بما ذكرنا من الدليل العقلي حتى يتجه عليه ان ما يصلح حجة لا يصلح مرجحا فبقي هنا شئ وهو انهم

صرحوا بان ما ذكره زفر والشافعي ره جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان واذا تعارضت الروايتان عن علي رض وتساقطا فكان المصير في اثبات قولنا

الى ما ذكرنا من المعقول الذي ماله القياس لزم ان يكون ما قلناه جواب القياس ايضا فما معنى قولهم انه جواب الاستحسان والجواب بان الاستحسان لا ينحصر في النص

أما الإرسال والاصطياد فمباح ولا تسبيب إلا بوصف التعدي **قال** ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعاً على فوره ضمن المرسل وإن مالت يميناً أو شمالاً وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فأصابت مالاً أو آدمياً ليلاً أو نهاراً لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار وقال محمد هي المنفلتة ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لأن المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر إلا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة ولنا ما روي أنه عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للأكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات إحداها **قال** ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلاً أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما

بل قد يكون بالنص كما في السلم والإجارة وبقاء الصوم في النسيان وقد يكون بالإجماع كما في الاستصناع وقد يكون بالضرورة كما في طهارة الحياض والآبار وقد يكون بالقياس الخفي وهو الأكثر كما صرح بذلك كله في كتب الأصول فالمراد بالاستحسان في قولهم ههنا ما يقابل القياس الجلي فلا إشكال **قوله** أما الإرسال للاصطياد فمباح قال بعض الفضلاء نعم إلا أنه مع إباحته يكون مقيداً بشرط السلامة انتهى أقول جوابه يستفاد من قوله ولا تسبيب إلا بوصف التعدي فإن كون الفعل المباح مقيداً بشرط السلامة إنما هو فيما وجد فيه التعدي كما في المرور في طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذي هو حق العامة وأما فيما لا يوجد فيه التعدي كما في الإرسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة لأن الضمان في أمثال ذلك إنما يتصور بالتسبيب فلا ضمان أصلاً وقد أوضح الفرق بين إرسال الدابة في الطريق وبين إرسال الكلب أو البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال وجه الفرق أن إرسال الدابة في الطريق إذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعد من صاحبه فما تولد منه يكون مضموناً عليه فأما إرسال الكلب والبازي من غير اتباع معه فليس بتعد منه لأنه لا يمكنه الاتباع والسير في الآثار لا يضمن إلا إذا كان متعدياً انتهى **قوله** ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته وهي السوق والقود والركوب كذا في عامة الشروح قال في النهاية بعد بيانه على المعطوف الذي كان من حق القطان يقول من الأسباب أختاً أو يقول من الإرسال وأخواتها بتأويل الكلمة إذ السوق أو القود لما كان أختاً للإرسال كان الإرسال أختاً أيضاً والإيلاء مع حمل بعض أسباب التعدي أخاً وبعضها أختاً من غير دليل انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية وليس بشيء لأنه ليس ههنا مؤنث معنوي حتى يناقش على ذلك انتهى أقول ليس هذا بدافع لما قاله صاحب النهاية فإنه لم يقل كان من حق القطان أن يأتي بأداة التأنيث البتة حتى يقال ليس ههنا مؤنث معنوي ليقتضي الإتيان بأداة التأنيث بل قال كان حقه أن يجعل أسباب التعدي في فرق واحد من التذكير والتأنيث بأن يقال ما مثاله أو يقال من الإرسال وأخواتها والإيلاء مع حمل بعضها مذكراً وبعضها مؤنثاً من غير أمر يدعو إليه وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لا محالة ثم أقول الوجه في دفع ذلك أن يقال لما جاز تذكير كل واحد من تلك الأسباب باعتبار أنه في ظاهر لفظ كل أحد منها وفي معناه من التذكير وجاز تأنيث كل واحد منها بتأويل لفظه بالكلمة أو تأويل معناه بالفعلة صح في كل واحد منها الوجهان ثم إن المصنف لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين المتضادين كما في قوله تعالى ولكم في القصاص حياة على ما عرف ذكر بعض تلك الأسباب وأنث بعضها فقال من الإرسال وأخواته تدبر **قوله** ولنا ما روي أن النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة قال في العناية فإن قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود في مأكول اللحم فيلحق به انتهى أقول في الجواب نظر إذ لمانع أن يمنع أن المعنى الذي أوجب ذلك في غير مأكول اللحم تلك الأمور المذكورة وحدها لجواز أن يكون أن لا يقصد منه اللحم أصلاً كما يقصد ذلك من الشاة داخلاً في ذلك المعنى أيضاً وهو غير موجود في مأكول اللحم إذ قصد منه اللحم كما يقصد تلك الأمور المذكورة أيضاً فلا يتم الإلحاق كما لا يخفى **قوله** ولأن فيها مقاصد سوى اللحم إلى آخره أقول فيه كلام أما أولاً فلأن هذا الدليل لا يتمشى في غير مأكول اللحم كالحمار والبغل والفرس بل هو بحكم انعكاسه يقتضي أن يكون الجواب في غير مأكول اللحم غير الجواب في مأكول اللحم مع أن الجواب فيهما متحد وأن كلا منهما داخل في المدعى ههنا وأما ثانياً فلأن قوله تشبه الآدمي في إيجاب الربع يعني عملنا بشبه الآدمي في إيجاب الربع ليس بواضح لأن شبه الآدمي لا يقتضي إيجاب الربع بل يقتضي إيجاب النصف لأن الواجب في الآدمي في الجناية المزبورة هو النصف وإنما يقتضي إيجاب الربع مجموع الشبهين كيف ولو كان المقتضي لإيجاب الربع شبه الآدمي فقط لما احتيج إلى العمل بالشبه الآخر كما لا يخفى فالظاهر في الأداء أن يقال فعملنا

ولان الراكب والمركوب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا **قال** وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة **قال** ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر **قال** ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله من حيث السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان كل ذلك شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعله بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يامره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان سائقا فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم

بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب المقدر من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر في نفي المصنف ره الواجب في عين الآدمي فوجب الربع عملا بهما وقد اشار اليه صاحب الكافي حيث قال فاشبه الانسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الانسان عملا بهما انتهى نعم مراد المصنف ايضا هذا المعنى لكن عبارته لا تساعده كما ترى **قوله** ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده اقول يرد عليه ما ذكره فيما مر في مسئلة السائق والقائد جوابا عن الشافعي بقوله وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا التخويف بالضرب وجه الورود غير خاف على الفطن الناظر في المقامين **قوله** ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب غير متعد في فعله فيترجح جانبه في التغريم للتعدي قال صاحب الغاية فيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا اتلف بالوطء لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكان مسببا فيرجح الناخس في التغريم للتعدي انتهى كلامه اقول في الجواب نظر لان حاصله اختيار الشق الاول من الترديد ومنع كون الراكب مباشرا فيما نحن فيه فيصير حينئذ مدار هذا الدليل ان يكون فعل الراكب معتبرا فيلزم ان يكون مضمون هذا الدليل منافيا لمضمون الدليل المتقدم عليه لان مداره ان لا يكون فعل الراكب معتبرا لكونه مدفوعا بدفع الناخس فيتدافعان اللهم الا ان يحمل احدهما على الفرض والآخر على التحقيق فتامل **قوله** وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر اقول لقائل ان يقول هب ان النخس في معنى السوق وان الراكب كان يملكه فامر الناخس به لكن الامر به انما يتناوله من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف كما يجيء به التصريح في المسئلة الآتية فمن حيث انه اتلاف ينبغي ان يقتصر على الناخس ولا ينتقل الى الراكب فيجب على الناخس الضمان لتعديه في الاتلاف كما في المسئلة الآتية فتفكر في الفرق ولعله تسلك فيه العبارات **قوله** ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما اقول لقائل ان يقول الراكب مباشر فيما اتلف بالوطء لحصول التلف بثقله وثقل الدابة جميعا كما مر جوابه والناخس مسبب كما مر في الكتاب اذا اجتمع المباشر والمسبب فالاضافة الى المباشر اولى كما مر جوابه سيما في مسئلة الراكب والسائق فما بالهم حكموا ههنا باضافة الفعل الى الراكب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعا فتدبر **قوله** والاذن تناول فعله من حيث السوق ولم يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه قال في النهاية يقتصر الضمان على الناخس اقول ليس هذا الشرح صحيح اذ مقتضى هذا الوجه وهو حيثية كون فعل الناخس اتلافا ان يكون الناخس متعديا بكونه سببا لجناية الدابة ولا يلزم منه ان لا يوجد هناك سبب آخر ومباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناخس وقد وجد في مسئلتنا فان الراكب فيها مباشر ولا اقل من ان يكون ايضا مسببا فلا يقتصر الضمان على الناخس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعا كما هو جواب المسئلة فالصواب ان مراد المصنف ره بقوله فمن هذا الوجه يقتصر عليه اي فمن هذا الوجه يقتصر فعل الناخس وهو النخس على الناخس اي لا ينتقل الى الآمر وهو الراكب كما ينتقل اليه من وجه آخر وهو حيثية كونه سوقا كما في المسئلة الاولى فحينئذ ينتظم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوي الافهام **قوله** والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته قال في النهاية قوله والناخس اذا كان عبدا يعني ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يفدي انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء في فور

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم لنا ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندنا بالنصرة ولا نصرة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال

فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه او يفديه على ما مر جوابه اذا كان النخس باذن الراكب انتهى اقول بحثه ساقط فان مراد صاحب العناية ان جواب هذه المسئلة على وجه الاطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب انما هو فيما اذا نخس بغير اذن الراكب لانه لا يتصور كون الضمان في رقبته في شيء من الصور الا اذا كان النخس بغير اذن الراكب لانه يتصور حتى يجب عليه ان في صورة التلف بالوطء في فور النخس يجب على عاقلة الراكب نصف الدية وفي رقبة العبد نصفها اذا كان النخس باذن الراكب كما هو ... ويرشد الى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه ان صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب اما اذا نخسه باذن الراكب فلا يخلو اما ان كانت نفحت الدابة بنفخته او وطئ فقد ذكر حكمها في المبسوط وقال اذا كان الرجل يسير في الطريق فامر عبدا لغيره فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المأمور كفعل الآمر عبدا كان المأمور او حرا وان وطئت في فورها ذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه او يفديه بمنزلة السائق مع الراكب الا ان المولى يرجع على الآمر بالاقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة فاذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى ان يرجع به على المستعمل له انتهى تامل

باب جناية المملوك والجناية عليه لما فرغ من بيان احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد وآخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في الشروح اقول فيه شيء وهو ان لقائل ان يقول ما وقع الفراغ من بيان احكام جناية الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جناية الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب وكذا ما وقع الفراغ من بيان حكم جناية العبد على الحر وهو ايضا انما يتبين في هذا الباب فالاظهر ان يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك التنبه من جانب آخره لانحطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة فكيف آخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب او السائق او القائد وهم ملاك انتهى اقول فيه ايضا شيء اذ لقائل ان يقول ان اراد ان جناية البهيمة كانت التنبه باعتبار الراكب والسائق والقائد فهو ممنوع فان جنايتها بطريق النفحة برجلها او ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار احد منهم والا لوجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في بابها وكذا الحال فيما اذا اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه وكذا اذا انفلتت فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا كما عرف كل ذلك ايضا في بابها وان اراد ان جنايتها قد يكون باعتبار احد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب ويمكن ان يقال الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على احد بل يكون فعلها هدرا مما لا يترتب عليه حكم من احكام الجناية في الشرع وانما ذكرت في بابها استطرادا او بناء الكلام هنا على ماله حكم من الاحكام الشرعية فيتم التقريب **قوله** والمسئلة مختلفة بين الصحابة رض قال في الكافي والكفاية فعن ابن عباس رض مثل مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رض كما هو مذهبنا وعن عمر وعلي رض كما هو مذهبه فانهما قالا عبيد الناس اموالهم وجنايتهم في قيمتهم اي ... اثمانهم وقال في غاية البيان روى اصحابنا كالقدوري وغيره في كتبهم عن ابن عباس رض انه قال اذا جنى العبد فمولاه ان شاء دفعه وان شاء فداه وعن عمر رض انه قال عبيد الناس اموالهم وجنايتهم في قيمتهم وعن علي رض مثله وقال في معراج الدراية روي عن علي رض انه قال عبيد الناس اموالهم وجناياتهم في رقاب الناس كمذهبنا وهكذا روي عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وابي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم وروي عن عمر رض مثل مذهبه فانه قال عبيد الناس اموالهم جناياتهم في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد وقال في النهاية فعن ابن عباس رض مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روي عن علي رض ومعاذ بن جبل وغيرهما وروي عن عمر رض مثل مذهبه قال عبيد الناس اموالهم وجناياتهم

ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين

في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد انتهى اقول قد اضطربت كلماتهم في الرواية عن علي رض فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كما ترى ثم اقول قد خالف الكل ههنا صاحب البدائع حيث قال ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن علي رض وعبد الله بن عباس رض مثل مذهبنا بمحضر من الصحابة رض ولم ينقل الانكار عليهما من احد منهم فيكون اجماعا منهم انتهى ولا يخفى انه يخالف قول العامة والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم

قوله ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي في حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني الى آخره قال صاحب العناية فيه بحث وهو ان الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناه على اصل ونحن على اصل فبناء من يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن ان يقال ان الشافعي رح جعل وجوب موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا بينا الفرق بينهما بقي اصله بلا اصل فبطل وقد بين المصنف رح ذلك بقوله بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فيجب في ذمته صيانة للدم على الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فيجب في ذمته واما اصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي لا يحتمل الطالة ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفارق الى هنا كلامه اقول جوابه ليس بتام اما اولا فلانه لا شك ان مدار دليل الشافعي رح ليس على قياس وجوب موجب جناية العبد في ذمته على وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه ان يبقى مذهبه بلا اصل بل مدار دليله على ان لا عاقلة للعبد بناء على ان العقل عنده بالقرابة لا غير وانما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله بمجرد التنظير كما يرشد الى ذلك كله تقرير المصنف رح فلا يلزم من بيان الفرق بين مسئلتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء اصله بلا اصل كما لا يخفى واما ثانيا فلان للشافعي رح ان يقول كما ان الحكم مستند الى النص وهو ما روي عن ابن عباس رض وغيره كذلك اصلي مستند الى النص وهو ما روي عن عمر رض ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفرق ثم اقول الحق في الجواب عن البحث المذكور ان يقال الكلام في تعليل هذه المسئلة من قبيل رد المختلف الى المختلف وهو ان العاقلة من هي فقال الشافعي رح هي اهل العشيرة وقلنا هي اهل النصرة وقد ذكرناه في اوائل كتاب المعاقل مدللا ومفصلا وقد قامت لنا الحجة على الشافعي رح هناك فاكتفينا ههنا بجعل ذلك المختلف اصلا لهذا المختلف كما ترى **قوله** والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به قال بعض الفضلاء اليس يخالف هذا حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا انتهى وقال صاحب التسهيل يشكل هذا على قول ابي حنيفة رح اذ العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه انتهى وذكره ايضا بعض العلماء في حاشية على شرح الوقاية اخذا من التسهيل ما هو حاله في اكثر ايراداته في تلك الحاشية اقول في الجواب عما ذكره كلهم ههنا ان لفظ العاقلة انما تطلق على الجماعة على الوا لما يفصح عنه كلام الفقهاء وكلام اهل اللغة ايضا فان الفقهاء قالوا العاقلة الذين يعقلون اي يؤدون العقل وهو الدية كما بين في الكتاب اول المعاقل وقال في المغرب العاقلة هي الجماعة التي تغرم الدية وهم عشيرة الرجل او اهل ديوانه اي الذين يرتزقون من ديوان على حدة انتهى وقال في الصحاح وعاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الاب الذين يعطون دية من قتله خطأ وقال اهل العراق هم اصحاب الدواوين انتهى الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة فاذا تقرر هذا تبين ان المراد بها في الحديث الذي تحمل التي هي الجماعات لا يعقل عبدا كما لا يعقل حرا وان مذهب ابي حنيفة هو ان العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة اي الجماعة بل يلزم مولاه الجناية بقول المصنف رح وغيره ههنا والمولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ ومعناه والمولى كعاقلته لان العبد يستنصر به كما يستنصر الحر بعاقلته يرشد اليه قول صاحب الكافي في كتاب المعاقل ولا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حر لان المولى في كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا تحمل عن العاقلة عواملهم فكذا لا تحمل جناية العبد عاقلة مولاه انتهى فلا يخالف ما ذكره ههنا حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا يشكل هذا على مذهب ائمتنا من ان العبد

وأما الفداء فلأنه يجعل بدلا عن العبد في الشرع وإن كان مقدرا بالتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل ... في الجناية غير الأرش وإن كان ... فلا حق له في ... وأما الفداء فلأنه لا حق لهم إلا الأرش فإذا أوفاهم حقهم سلم العبد له فإن لم يفده حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وإن مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد إلى ذمة المولى قال فإن فداه ثم جنى فهو كالجناية الأولى ... معناه بعد الفداء لأنه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جناية قال وإن جنى جنايتين قيل للمولى إما أن تدفعه إلى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما وإما أن تفديه بأرش كل واحد منهما لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الأول أولى أن لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر أرش جنايتيهما وإن كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وإن فداه فداه بجميع أروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه أثلاثا لأن أرش العين على النصف من أرش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى أن يفدي من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لأن الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد إذا كان له وليان لم يكن له أن يفدي من أحدهما ويدفع إلى الآخر لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال فإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها وإن أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الأرش لأن في الأول فوت حقه فيضمنه وحقه في أقلهما ولا يصير مختارا للفداء لأنه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لأن كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الإقرار على رواية الأصل لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية فإن المقر له يخاطب بالدفع إليه وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الأمر كما قاله المقر وألحقه الكرخي بالبيع وأخواته لأنه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له بإقراره فأشبه البيع وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف وإطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لأنه يزيل الملك بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ونقضه بخلاف العرض على البيع لأن الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لأن الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لأن موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسها مختارا ولو كاتبه ثم عجز قبل أن يختار ... فهو مختار بخلاف ما إذا وهبه لأن المستحق لما أخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع وإعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرنا لأن فعل المأمور مضاف إليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا كان عالما بالجناية لأنه حبس جزءا منه وكذا إذا كانت بكرا فوطئها وإن لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لأنه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لأنه لا ينقص من غير إعلاق وبخلاف الاستخدام لأنه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالإجارة والرهن في الأظهر

أو أجنبي على الحر لا يعقله العاقلة فتنبه **قوله** وأما الفداء فلأنه يجعل بدلا عن العبد في الشرع وإن كان مقدرا بالتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل قال في العناية كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم ألا يرى أن المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فإن القصاص لا يتعلق به حق الموصى له وإذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الأصل غير ذلك وأجيب بأن الفداء لما وجب بجناية الجناية في النفس ... أشبه الدية والأرش ... كونهما مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته ... الدين وذلك يقتضي كونه كذلك أي ... الدين حالا لأن الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت إلا بالشرط ... بل جانب الحلول الذي فيه ترجيح جانب الحلول لكونه فرع أصل حال بموافقة بين الأصل وفرعه وهذا كلام حسن وإن لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به انتهى أقول بل هو كلام تنبيح لأن الموافقة في الحكم بين الأصل وفرعه إن كانت أمرا لازما أو راجحا يقطع السؤال ... المقدمة في الجواب ... المقدمات المذكورة في الجواب المذكور مستدركة جدا وإن لم يكن أمرا لازما ولا راجحا فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال وقال في العناية وجوابه أن يقال الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمور ضرورية فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لأن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر لطبعه فلم يكن بد من إلحاق النية به ليكون طهارته بخلاف المال فيما نحن فيه فإنه ليس ثمة ما يمنعه عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقا به انتهى أقول فيه بحث إذ حاصل السؤال أن كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فلا يلزم أن يكون الفداء حالا والجواب بقوله الأصل أن لا يفارق الفرع الأصل إلا بأمور ضرورية هو أن الأصل أن لا يفارق في الحكم إلا بأمور ضرورية ... التعليل الذي ذكره بقوله فإن الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية إذ الظاهر أن معنى الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير بنفسها إلا بالضرورة لا كونه عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير حكمها بعد أن تغيرت نفسها إلا بالضرورة والمطلوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الأول فلا يتم التقريب فتفهم **قوله** وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا بالأرش أقول فيه إشكال ينافي الحصر إذ قد تقرر فيما قبل أن الواجب الأصلي في جناية العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب إلا أنه كان للمولى حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة فإذن كان حق ولي الجناية منحصرا في الدفع الذي هو الواجب الأصلي في جناية العبد فإن لم ينحصر فيه فما معنى حصره في الأرش بقوله لا حق له إلا بالأرش وهل يكون هذا إلا مناقضا لما ذكره قبيله بقوله أما الدفع فلأن حقه متعلق به **قوله** وإطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها قيل يريد به قوله في أول الباب وإذا جنى العبد جناية خطأ فإنه ينتظم النفس وما دونها كذا في العناية أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا سداد لما ذكر ثانيا لأن تأخير التعرض للإطلاق إلى هنا مع كونه بعيدا عن نهج السداد ...

وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر لا يصير مختارا [illegible] الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا [illegible] ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فيكون اختيارا منه **قال** واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان اطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص [illegible] يدل على قصده تصحيح الصلح [illegible] فالعبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفي عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ما ذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق وجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل **قال** واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه وههنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما **قال** واذا استدانت الامة المأذون لها اكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية **قال** واذا كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة **قال** واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكر

نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف رحمه الله واطلاق الجواب لان الاطلاق هناك في المسئلة لا في الجواب كما لا يخفى على ذوي الالباب فالمراد هو الاول لا غير **قوله** وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة اقول في التعليل شيء وهو انه ان اراد ان الاذن في التجارة وان ركبه دين لا يفوت الدفع بغير رضى ولي الجناية فهو ممنوع كيف وقد قال متصلا به الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله واذا كان له ذلك يفوت الدفع بغير رضاه قطعا وان اراد انه لا يفوت الدفع برضاء ولي الجناية فهو مسلم لكن يلزم حينئذ ان ينتقض هذا التعليل بما لو ضرب المولى العبد الجاني فنقصه فانه يصير مختارا للفداء هناك اذا كان عالما بالجناية كما مر آنفا مع انه يجري ان يقال هناك ايضا ان الضرب ان نقصه لا يفوت الدفع برضى ولي الجناية فانه اذا رضي ان يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا ويمكن الجواب عنه بان قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليل ففي صورة ما اذا ضربه فنقصه وان لم يفت الدفع برضى ولي الجناية نقصت الرقبة فالتعليل المذكور هنا لم يجر تمامه هناك فلم ينتقض بذاك نعم في تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما اذا ركبه دين كلام لان وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعونه الى ان يستوفوا ديونهم اذا دفع العبد اليه فيتبعونه بديونهم كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف رحمه الله الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى ومن هذا قال صاحب الكافي ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الاذن وكان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته انتهى فتامل **قوله** ووجه ذلك هو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتقه وما اذا لم يعتقه انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح اي الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ من ان الموجب الاصلي هو الفداء وكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول فيه نظر لان المصنف رحمه الله صرح فيما مر بان الموجب الاصلي هو الدفع في الصحيح وقال والفداء يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب فكيف يتم تسمية الدفع ههنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قبل مع خلاف ما عليه جمهور المحققين من مشائخنا حتى ان صاحب الاسرار بعد ما ذكر ما اختاره بعض المشائخ من ان الواجب الاصلي هو الارش قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد رحمه الله بن الحسن ان الواجب هو العبد انتهى ثم اقول الحق عندي ان يحمل تسمية الدفع ههنا صلحا على المشاكلة بان عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في صحبة ما هو صلح وهو ما اذا اعتقه تدبر ترشد **قوله** والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه اقول فيه بحث وهو انه ان اراد ان الباطل لا يورث الشبهة فيما اذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في نظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم لكن لا يجدي نفعا ههنا لان الدافع لم يعلم ان القطع يسري فيكون موجبه القود بل ظن انه لا يسري وكان موجبه المال وان اراد ان الباطل لا يورث الشبهة وان لم يعلم بطلانه فهو ممنوع الا يرى انه اذا وطئ المطلقة الثلث في عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن انها تحل له فانه يورث الشبهة فيندرئ الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود وفهم ايضا ههنا من قيد المصنف مع العلم بحرمتها عليه **قوله** اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة اقول يرد عليه انه ان اريد بقوله

ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحساناً وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يضمن الا شيئاً قائماً بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسئلة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم اقر بيدها
حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك
اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة
وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان قال واذا امر العبد المحجور عليه صبياً حراً بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه
سواء على ما بيناه من قبل ولا شيء على الآمر وكذا اذا كان الآمر صبياً لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيهما باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر
ابداً ويرجعون على العبد الآمر بعد العتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال وكذلك
ان امر عبداً معناه ان يكون الآمر عبداً والمأمور عبداً محجوراً عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق
باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمداً والعبد القاتل صغيراً لان عمده خطأ اما اذا كان كبيراً يجب القصاص لاطلاق الجواب
الى العبد قال واذا قتل العبد رجلين عمداً ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل
واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالاً فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفاً وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف
فان كان قتل احدهما عمداً والآخر خطأ فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفاً خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي
الخطأ وان دفعه اليهم اثلاثاً ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه ارباعاً ثلاثة ارباعه لوليي الخطأ وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما
بطريق المنازعة ... عند ابي حنيفة ... بطريق العول والمضاربة ...
... قال واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي قريباً لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية ...
...
فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الآخر مالاً غير انه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده
مالاً وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك او افده بربع الدية ولهما ان ما يجب من المال يكون حق
المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده ديناً فلا تخلفه الورثة فيه

الصلح لا يبطل الجناية بل يقرره بان الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يبقيه على حاله فهو ممنوع كيف وقد صرحوا في صدر كتاب الجنايات بان موجب القتل العمد القود
الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا واخذه جعلوا الصلح كالعفو في اسقاط موجب الجناية وان اريد بذلك ان الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل بل يقرر ذلك
حيث وقع الصلح عنه على مال وان سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قوله فاذا لم تبطل بهذا بقيت الجناية فاذا لا يلزم من عدم بطلان الجناية بمعنى ثبوتها في الاصل عدم
امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأساً بين صورتي العفو والصلح اذ العفو ايضاً لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل قبل العفو كما لا يخفى

قوله ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها قال صاحب العناية هذه المسئلة ايضاً مبنية على ان اسناد الاقرار الى حالة منافية
للضمان اقول ليس هذا بسديد لان مبنى هذه المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار على حالة منافية للضمان كما في المسئلة التي جوابها
كون القول قوله ليس على اسناد الاقرار على حالة منافية للضمان كما في المسئلة الاولى والا لما كان القول قولها بل كان يجب ان يكون القول قول المقر
كما في المسئلة الاولى وانما مبنى هذه المسئلة على انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله الا بحجة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسئلة
بناء على قول محمد واسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان الا ان قوله ليس مطابق لما اراد الا ان يحمل قوله على ان المراد ان هذه المسئلة التي جاء جوابها على قول ابي حنيفة
وابي يوسف كما صرح في الكتاب حيث قال فيها **قوله** وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن قال صاحب العناية ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع
لكنه ذكره بياناً لمسئلة اخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال حربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال له المسلم اخذت منك مالاً وانت حربي
فقال بل اخذت مني وانا مسلم فانها على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد رحمه الله انه استند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما
انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه ديناً فكان قد اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بحجة الى هنا كلامه اقول فيه نظر من الاخلال
اما اولاً فلان قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع ممنوع فانه وان لم يكن داخلاً في مسئلة القطع نفسها الا انه نظير لها لاشتراكهما في العلة حيث
لم يوجد في كل منهما اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان عندهما وكونه نظير المانحن فيه تعلق محض به فان التنظير كثير الوقوع في استدلالاتهم شائع فيما بينهم
فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بمنزلة قوله فيما قبل كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة الى آخره واما ثانياً فلان
قوله ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه ديناً ليس بشرح مطابق للمشروح وانما المطابق له ان يقال لان مال الحربي قد يضمن

اذا اخذه وهو مستأمن تدبر **قوله** وان فداه فداه بخمسة عشر الفاً وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه
ارباعاً الى آخره قال صاحب النهاية واصل هذا ما اتفقوا عليه هو ان قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت
القسمة بطريق العول والمضاربة لانه لا تضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منها على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه اما اذا وجبت قسمة العين ابتداء

فصل ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او اكثر قضى له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبداً قيمته عشرون الفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلاً او بدلاً وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمداً وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك امر الدية

لا بسبب دين في الذمة كما في مسألة بيع الفضولي وهو ان فضوليا باع عبد انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه واجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا وكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال ولما ثبت هذا قال ابو يوسف رح ومحمد رح في مسئلتنا هذه ثلثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطاء وربعه للساكت من ولي العمد لان حق ولي العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفا احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطاء بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطاء والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضوليين ولابي حنيفة رحمه الله ان الاصل ان حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهنا لان حق ولي الخطاء في عشرة وحق شريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلثة آلاف درهم الف لرجل والفان لآخر مات المديون وترك الفا كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذا هنا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشترى في العين ابتداء والى هذا اشار الامام قاضيخان والمحبوبي في الجامع الصغير الى هنا واقتفى اثره في هذا الشراح والبيان صاحبا العناية ومعراج الدراية اقول فيه نظر لان المصنف رح صرح في اوائل هذا الباب بان الواجب الاصلي في جناية المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة وصرح به ايضا عامة الفقهاء في كتبهم فما معنى بناء قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة على ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش وهل يقتضى هذا ان يكون الواجب الاصلي في جناية المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد ثم ان قول المصنف في بيان طريقة ابي حنيفة رحمه الله هنا لان الحق تعلق بالرقبة يشبه ما ذكره هولاء الشراح في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل لما فرغ من بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية كذا في العناية وهو حق الاداء وقال في النهاية وغاية البيان انما قدم جناية العبد على الجناية عليه لان الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا اقول فيه بحث لانه ان اريد ان ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع اذ يجوز ان يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة مثلا يجوز ان يكون عمر المجني عليه سبعين سنة او اكثر وعمر الجاني عشرين سنة او اقل وان اريد ان فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجودا فهو ايضا ممنوع فان الفاعلية والمفعولية يوجدان معا في آن واحد وهو آن تعلق الفعل المتعدى بالمفعول بوقوعه عليه اذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد **قوله** ولابي حنيفة رح ومحمد رح قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية وجه الاستدلال ان الله تعالى اوجب الدية مطلقا فمن قتل خطاء حرا كان او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول لو كان الواجب فيمن قتل العبد ايضا خطاء هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الآدمية كان ينبغي ان لا يتفاوت ديات العبيد في المقدار لتساويهم في الآدمية كما لا يتفاوت ديات الاحرار في القيمة لتساويهم في ذلك وان كان بعضهم اشرف من بعض بوجه شئ مع ان ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتامل **قوله** ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه

وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ونقصنا منها
في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما **قال** وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة
لان اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد
كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررنا وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان
المالية **قال** ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول للاشتباه من له الحق لان
القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى
وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملك يثبت في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت
الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى
المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى

الملك بالخلاف والآدمية اعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها بابدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى ابدارهما جميعا لان الآدمية اصل لقيام المالية بها
وفي ابدار الاصل ابدار التابع وابدار احدهما اولى من ابدارهما انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بانه منقوض بصورة الغصب فان فيها ابدار الاصل دون
التابع انتهى اقول ليس هذا بوارد فان ابدار احدهما انما يتصور فيما اذا وجد اتلافهما معا فاعتبر احدهما واهدر الآخر بان يعطى لاتلاف احدهما حكم شرعي دون
الآخر كما فيما نحن فيه فان في قتل العبد اتلاف آدميته وماليته معا بخلاف الغصب اذ ليس فيه اتلاف الآدمية اصلا وانما الحاصل به اتلاف المالية بازالة
اليد المحقة عنه واثبات اليد المبطلة فيه كما اشار اليه المصنف رحمه الله بقوله وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال فحيث لم يوجد فيه اتلاف
الآدمية لم يلزم فيه ابدار الاصل الذي هو الآدمية فان معنى ابداره ان لا يعطى لاتلافه حكم شرعي فاذا لم يوجد اتلافه لم يتصور ان يترتب عليه حكم شرعي حتى
يلزم اهداره تفكر **قوله** وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا اقول فيه اشكال اذ قد تقرر في علم الاصول
وشاع في علم الفروع ايضا ان الرأي والقياس لا يجريان في المقادير بل انما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالرأي من غير
سمع وايضا ان العبيد لا يتفاوتون في نفس الآدمية لا محالة وعن هذا لا يتفاوتون في شيء من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الآدمية كالتكليف
بالايمان والصلوة والصوم وغيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الآدمية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون
في القيم **قوله** وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها اقول لقائل ان يقول قد ذكر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبدا
قيمته عشرون الفا فهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع فما وجه الاعادة ههنا وتكرار مسئلة واحدة في موضع قريب ليس من دأب المصنفين كما لا يخفى
ويمكن ان يقال اصل المسئلة ما ذكر ههنا فانه المذكور في الجامع الصغير والبداية والذي ذكر فيما قبل انما هو بطريق الاستطراد فرقا بين مسئلة قتل العبد
خطاء وبين مسئلة غصبه حيث يجب في الاولى اقل من عشرة آلاف درهم اذا زادت قيمته على دية الحر عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وفي
الثانية يجب قيمته ما بلغت بالاجماع وجمعا للدليل تينك المسئلتين في البيان في موضع واحد **قوله** وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه
من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة
فتحقق الاشتباه اعترض عليه بعض العلماء بانه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما ضرب الامة الحاملة فاعتق المولى الامة ثم القته ميتا فات الولد باعتبار
حالة الضرب تجب القيمة لا الدية انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ قد صرحوا في بيان تلك المسئلة بان اعتبار حالتي الضرب والتلف معا فاوجبنا القيمة
دون الدية باعتبار حالة الضرب واوجبنا قيمته حيا باعتبار حالة التلف وقد مر ذلك في الكتاب وشروحه مفصلا في اواخر فصل الجنين فكان ذلك المعترض لفظ بعض
ما صرحوا به ونسي بعضه فزعم ان المعتبر هناك حالة الضرب فقط **قوله** وفيه الكلام قال صاحب النهاية اي الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة سوى المولى
... بخط الضعيف وفيه الى ونعذر الاستيفاء ولكن مال ذلك الى ما قلنا انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وفيه الكلام اي في وجوبه على وجه يستوفى
... اصل الوجوب لان الوجوب لافادة الاستيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره انتهى وقال صاحب الغاية قوله وفيه الكلام اي كلامنا في
اشتباه من له حق القصاص يعني ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه ... تعذر الاستيفاء
... صاحب العناية من بين تلك الاقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال قوله وفيه الكلام اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى ونحن
... قوله وقيل اقول ما ذهب اليه صاحب النهاية في تفسير مراد المصنف رحمه الله هنا واختاره صاحب العناية ليس بشيء عندي لان المصنف رحمه الله ...

فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص وتمامه ان الاعتاق لا يمنع ثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضى له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضى له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب هنا لان الحكم لا يختلف وهذا لان السعاية ملك العبد بمال وان اخذ حكم بالاعتاق لا يقطع الحرية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطاء دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فجهالة الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبارهما يكون الحق له فلا يجعل المولى متوليا اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصل الاول يجب ارش اليد وما نقصه من قيمته الى حين الاعتاق كما ذكرنا ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الثاني قال ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف العين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه

قال فيما قيل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول مع ما يه مالو كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح فاطبة كيف يحتاج هنا الى ان يقول والكلام فيما اذا كان له ورثة غير المولى وبما يكون هذا الغواص الكلام كما يشهد به الفطرة السليمة واما ما ذهب اليه الشيخ صاحب النهاية وما ذهب اليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن الركاكة بل عن المعنوية ايضا كما يدركه الذوق الصحيح وانما الحق الصريح هذا ما ذهب اليه صاحب الكفاية اذ ينتظم المعنى حينئذ جدا وتعليق الكلام بقرينة المتصل به من حيث اللفظ كما ترى

قوله فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه قال جمهور الشراح في تفسير ما يحتاط فيه اي في الذي لا يثبت بالشبهات وقالوا فانه يحترز بهذا عمن قال لآخر لك علي الف من قرض فقال المقر له بل من ثمن مبيع فانه يقضي بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع فيه البذل والاباحة فلا يبالي باختلاف السبب انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح فيه نظر لان الاحتراز بالذي لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك انتهى اقول هذا النظر ساقط جدا اذ لا شك ان الاموال مما يثبت بالشبهات الا يرى الى ما صرحوا به في كتاب الشهادة من ان في شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات من الحدود والقصاص وتقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالا كانت او غير مال ثم قال صاحب العناية والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فان استشهد بعدم حل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات انتهى اقول فيه اما اولا فلان المصنف ما استشهد بعدم حل الوطء وانما استشهد بعدم حله كما يرى واما ثانيا فلان حل الوطء ليس مما يثبت بالشبهات قطعا نعم لا يجب الحد بالوطء بشبهة الملك وبشبهة الحل لكن لا يحل الوطء بشيء من ذلك كما عرف في كتاب الحدود فات وجه الحل الاول بتقدير المضاف بان يكون الاصل بعدم حل الوطء بقي الحلل الثاني بلا محرجية ثم ان بعض الفضلاء قال في نقل عبارة العناية وهو ما يثبت بالشبهات بل وهو مما يثبت بالشبهات وقال لفظة ما نافية اقول نسخ العناية التي رأيناها بالاتفاق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يدفع الاشكال عن كلام صاحب العناية ههنا لانه لما فسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج لزم ان يحترز به عن الاموال المحضة لانها ليست الا من الفروج فان كان عبارة العناية فانه استشهد بعدم حل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات وكان لفظة ما نافية لزم ان يرد عليه مثل النظر الذي اورده على سائر الشراح بان يقال الاموال ايضا لا يثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به فما معنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فيلزم ان يكون هو اولى مشترك الالزام تامل تفهم

قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص هذا دليل آخر لمحمد وذلك لان يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص الا يرى ان من جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه فمات العبد من تلك الجراحة لم يكن القصاص وانما يضمن النقصان فان كان خطاء فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كانه تلف بآفة سماوية كذا في العناية وكثير من الشروح وقال في العناية بعد ذلك فان قيل ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى جرحا بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبين له ان الجناية قتل لا قطع انتهى اقول فيه بحث وهو انه ان اراد بقوله ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى انه ينبغي ان يجب ذلك في مسئلة الكتاب كما هو الظاهر من قوله ارش اليد دون ان يقول ارش الجرح فلا مجال للسؤال المذكور اصلا اذ يجب ارش اليد للمولى عند محمد في مسئلة الكتاب على ما صرح به في الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد بانه ينبغي على مقتضاه ان يجب ارش اليد للمولى وان اراد به انه ينبغي ان يجب ذلك في المسئلة التي ذكروها هنا على سبيل التنوير وهي ان جرح عبد انسان ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة فللسؤال المذكور ورود ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسئلة الكتاب فانه يجري فيه ايضا مع انه يجب فيها ارش اليد عند محمد بما تحققته فتدبر

قوله وذلك في الخطاء دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون

وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر و
ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يابى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة
وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء
المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال
الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في
الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان
يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال
من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقأ احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلنا كما
في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله

لحريته فجاء الاشتباه اقول في هذا المقام ضرب من الاشكال لان الحق على اعتبار حالة الموت وان كان للميت الا انه لا يتقرر عليه بل ينتقل الى المولى بالوراثة فكان
من له الحق في المال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه الا يرى الى قول البعض في صورة العمد على اعتبار ان يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه اذ
لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق وان ادعى ان الاختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقيق الاشتباه المقتضي لقطع الالحاق السراية واتحاده بالنظر الى الانتهاء
والمال غير مفيد في دفع ذلك نتيجة الاشكال على صورة العمد فان حق القصاص في تلك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد بقي على اصل الحرية في
حق القصاص كما صرحوا به وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على اصل ابي حنيفة رح من ان حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير ان ينتقل اليه بطريق
الوراثة كما في الدية لان ملك القصاص انما يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله لانه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من اهل الملك
في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته على ما تقرر كله في اول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنايات فيلزم اشتباه من له الحق ابتداء في صورة
العمد ايضا على اصل ابي حنيفة رح فلا يظهر الفرق بين صورتي الخطاء والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على اصله فلا يتم التقريب على قوله في مسئلتنا فليتأمل في
الدفع **قوله** وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما اقول لقائل ان يقول الظاهر المطابق لوضع المسئلة ان يقال فاعتبر انشاء في حق من وقع
العتق عليه وهو احدهما المتعين بالبيان فتامل في التوجيه **قوله** ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق
الذات قصرا عليه قال جمهور الشراح في حل هذا الكلام يعني ان المالية معتبرة في حق الاطراف كما انها معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المالية في حق
الذات قصرا عليها اي لان اعتبار المالية في حق الذات مقتصرا ساقط بالاجماع يعني لم تقتصر اعتبار المالية على الذات فحسب بل اعتبرت في حق الذات والاطراف جميعا هذا خلاصة ما قالوا اقول على
هذا المعنى يكون كلام المصنف ههنا منافيا لما ذكره في تعليل المسئلة المارة في صدر هذا الفصل من قبل ابي حنيفة رح ومحمد رح حيث قال ولان فيه اي
في العبد معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما انتهى فان مدلول ما قاله هناك
ان المالية التي هي ادنى مهدرة في حق ذات العبد لتعذر الجمع بينها وبين الآدمية وانما المعتبرة فيه هي الآدمية عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ومدلول
كلامه ههنا على المعنى المذكور ان المالية معتبرة في حق ذات العبد واطرافه جميعا عند ائمتنا فبينهما تدافع لا يخفى ثم ان صاحب العناية من بين هؤلاء الجمهور
قال في تقرير المعنى المذكور ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات اي جميع البدن وحده مقتصرا
عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد اوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلانه فسر الذات بجميع البدن
وليس بصحيح لان جميع البدن من الاطراف قال في الصحاح بدن الانسان جسده وقوله تعالى فاليوم ننجيك ببدنك قالوا بجسد لا روح فيه انتهى و
انما المراد بالذات ما يقابل الاطراف وهو النفس واتلافها بازالة الروح واما ثانيا فلانه علل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فان الشرع قد اوجب
كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف وليس بسديد لان ايجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية في حق الاطراف
لجواز ان يكون ايجابه اياه للآدمية كما في الحر تدبر وقال تاج الشريعة من الشراح في حل كلام المصنف ره هذا يعني ان اعتبار المالية في الاطراف لا في
الذات لانها تسلك مسلك الاموال ولهذا لا تتحملها العاقلة وفسر الذات في قول المصنف ره المالية قائمة في الذات بالعبد حيث قال اي في العبد وقال
في شرح قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه يعني ان سقوط اعتبار المالية مقتصرا في النفس لا في الاطراف ووجوب الضمان بدل الآدمية لا بدل
المالية ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فيكون المالية في العبد باعتبار الاطراف انتهى اقول هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف في تعليل المسئلة

وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى انه عبد لو قطع يده عبد يخير مولاه بالدفع او الفداء وهو من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها ... الثانية ... فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد قال واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذه الحالة يتحقق قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة رحمه الله ان المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله اعلم

المارة في صدر الفصل من قبل ابي حنيفة رح ومحمد رح وان كان في استفادته من عبارة المصنف ههنا تمحل كثير كما ترى لكنه غير مطابق لما ذكره هناك من قبل ابي يوسف وكلامه ههنا مسوق لاقامة الحجة على الشافعي من قبل ائمتنا جميعا ولهذا قال ونحن نقول فلا بد ان يطابق لاصلهم جميعا وقد فات ذلك بالجملة ان كلام المصنف ههنا ليس بخال عن الاضطراب كما لا يذهب على الفطن ولعل صاحب الكافي تفطن له حيث ترك اسلوب تقرير المصنف ههنا وسلك مسلكا آخر في التقرير والبيان مع كون عادته ان يقتفي اثر المصنف ره في وضع المسائل وتقرير الدلائل **قوله** وله ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا اقول الظاهر من هذا البيان ان المالية والآدمية معتبرتان معا في ذات العبد اي نفسه وفي اطرافه ايضا عند ابي حنيفة وقد مر من المصنف ره في اول الفصل ان المعتبرة في ذات العبد عند ابي حنيفة ره ومحمد ره هي الآدمية دون المالية فانها مهدرة في ذاته عندهما في فصل الجناية ولهذا لو زادت قيمته على تمام الدية ينقص عنه عشرة دراهم عندهما وكان بين كلاميه في المقامين تدافع اللهم الا ان يحمل قوله ههنا ان المالية وان كانت معتبرة في الذات على مجرد الفرض فالمعنى ان المالية وان فرضت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه لكنه لا يخلو عن بعد

فصل في جناية المدبر وام الولد لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو الكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو احط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيه ان الملك كامل في المدبر وام الولد دون الرق كما صرح به بخلاف المكاتب فانه على العكس انتهى اقول في الجواب عنه من طرف الشراح ان كمال الملك في المدبر وام الولد بالنسبة الى المكاتب حيث يملكهما المولى يدا ورقبة بخلاف المكاتب فان مولاه يملكه رقبة لا يدا كما عرف في محله لا ينافي الكملية في الملك في العبد فان مولاه كما يملكه يدا ورقبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه بخلاف المدبر وام الولد فان مولاهما لا يملك التصرف فيهما من جهة البيع والهبة وما اشبههما لانهما لا يصلحان لذلك عندنا على ما عرف ايضا في محله ولا يخفى ان الكملية الملك في العبد كافية في تقديمه على المدبر وام الولد في الذكر في باب جناية المملوك والجناية عليه وقد افصح عنه عبارة الشراح حيث قالوا قدم من هو الكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد بتعبير **قوله** عملا بالشبهين قال جمهور الشراح يعني لما عملنا بشبه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب ان يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع انتهى اقول فيه نظر اذ للخصم ان يقول قد تحقق العمل بشبه المقارنة في حق تشريك ولي الجناية الثانية لولي الجناية الاولى اذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولي الجناية الاولى خاصة لتقدمه في استحقاقه المدفوع على ولي الجناية الثانية حقيقة وحكما ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للاولى حكما عملنا بشبه المقارنة فشركنا ولي الثانية لولي الاولى كما دل عليه قول المصنف ولان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى فاذا وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج الى العمل بشبهها مرة اخرى في تضمين بعض المدفوع للمولى وقال صاحب الغاية في بيان معنى المقام جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذا وقع بغير قضاء لانه ابطل ما تعلق به حق الثاني ولم تجعل كالمقارنة اذا وقع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتأخر انتهى وقد نقله صاحب العناية بقيل بعد ان ذكر المعنى الاول ولم يتعرض له بشيء اقول فيه خلل لان العمل بالشبهين معا واجب مهما امكن على ما عرف في موضعه فلما امكن العمل بهما في صورة واحدة مما نحن فيه وهي ما اذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير في اعتبار العمل بهما الى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعله ذلك القائل وانما كان يصح ذاك لو لم يتصور العمل بهما في صورة واحدة بل كان امكانه موقوفا على مجموع

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما

الصورتين وليس فليس ثم انه يرد عليه ايضا ان يقال تحقيق العمل بالشبهين بان يجعل الثانية كالمقارنة للاولى في حق تشريك ولي الثانية لولي الاولى وان يجعل متأخرة عنها من حيث ان اعتبر قيمته يوم الجناية فلم ينتقض العمل بهما ما هو المطلوب ههنا كما لا يخفى

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك قال في النهاية لما ذكر حكم الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلتحق به انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه قصور وفتور اما اولا فلان وجه ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضائعا على هذا التوجيه واما ثانيا فلان ما ذكر في هذا الباب ما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجناية عليه او الجناية منه فكان من حكم المدبر في الجناية فما معنى قوله لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه واما ثالثا فلان الصبي ليس يلحق بالمدبر في حكم المذكور في هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتأمل في المسائل الآتية في هذا الباب نعم يجوز ان يعد ملحقا بالمدبر بل بالعبد في كونه محجورا عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذكر حكم من يلحق به وقال في معراج الدراية لما ذكر حكم العبد والمدبر في الجناية شرع في بيان ما يرد عليهما وما يرد منهما وذكر حكم من يلحق بهما انتهى اقول وقع فيه تدارك دفع المحذور الاول من المحذورات الواردة على تقرير صاحب النهاية والعناية ولكن بقي المحذوران الاخيران فيها وارد من عليه ايضا كما ترى وقال في غاية البيان لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مع غصبهما وذكر الصغير قبل الكبير ثم جر الكلام الى بيان حكم غصب الصبي انتهى وتوجيهه في قول هذا اشبه الوجوه المذكورة وان لم يكن التقرير احسن منه تدبر **قوله** والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية الى آخره واعترض الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد ان نقله عن بعض المشائخ ثم علل المسألة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك لا ان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب قضاء او رضاء لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك انما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب واما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جنايات الا انه انما ضمن الغاصب ههنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية تثبت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة وحكما والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب لان الغصب يرتفع بها الى هنا كلام قاضيخان وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشيء واما صاحب العناية فبعد ان نقل ما قاله قاضيخان اورد على ما اختاره من التعليل نظرا حيث قال وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدوانا لا يصلح معارضا ولا مرجحا انتهى اقول نظره ساقط لانه ان اراد بمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما ان معنى ثبوت اليد على الشيء حكما ان يترتب على تلك اليد حكم من الاحكام وقد يترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع واما سند منعه فليس بتام ايضا اذ لا محذور في ان يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما من جهتين مختلفتين وههنا كذلك فان ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان **قوله** وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته ويسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد قال تاج الشريعة جوابا عنه من قبل الامامين وههنا قيد وهو ان ليس هذا عوض ما اخذه ولي الجناية الاولى حتى يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد انتهى اقول فيه نظر لان الذي يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح ان يكون عوض ما اخذه

وجعل حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه ليتم حقه فاذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ثم يرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال ومن غصب عبدا محجورا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى وليي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية فرده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق

ولي الجناية الثانية والجناية الثانية في مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب فان يصح ان ياخذ المولى من الغاصب عوضا عما دفعه الى ولي الجناية الاولى صدرت من مدبره حال كونه في يده والعهدة في مثل ذلك على ذي اليد دون غيره كما لا ريب فيه وعن هذا فرق محمد رح بين هذه المسئلة وبين المسئلة التي هي عكس هذه المسئلة حيث وافق الامامين هناك كما ستطلع عليه وقال صاحب العناية والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولي الجناية عوضا عما اخذه ولي الجناية الاولى عوضا عما اخذه ولي الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد انتهى اقول هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة الا ان في تقريره ما يخلص عما اوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض في جانب الدفع الى ولي الجناية الاولى لا في جانب الرجوع على الغاصب تامل تفهم ثم ان الاظهر في الجواب عما ذكره محمد رح من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وعزاه صاحب الغاية الى الامام قاضيخان حيث قال وجوابه ما قال فخر الاسلام قاضيخان ان ما اخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع الى ولي الجناية الاولى من العبد فيما بين المولى والغاصب واما في حق ولي الجناية الاولى لا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشئ الواحد بدلا عن شئ في حق انسان ويكون بدلا عن شئ آخر في حق غيره كالنصراني اذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز ويكون الماخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا هنا انتهى قوله ولهذا ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني الى آخره قال في العناية واعترض بان الثانية مقارنة للاولى حكما فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب ان المقارنة جعلت للاولى حكما فكيف يكون حق التضمين لا غير والاول متقدمة حقيقة فقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وامكن توفير موجبها فلا يمنع بلا مانع انتهى اقول في الجواب بحث لانا لا نسلم ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير بل جعلت حكما ايضا في حق مشاركة ولي الجناية الثانية لولي الجناية الاولى كما ارشد اليه قول المصنف في الفصل السابق لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الثانية الاولى انتهى فاذا جعلت المقارنة حكما في حق مشاركة ولي الجناية الثانية ايضا كان ولي الجناية الثانية مزاحما لولي الجناية الاولى في استحقاقه جميع القيمة فكيف ياخذ ولي الجناية الاولى حصة كل القيمة مع مزاحمة ولي الثانية له في استحقاقه اياه وان كان الاعتبار لتقدم الاولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي ان لا يستحق ولي الثانية شيئا من قيمة المدبر وليس الامر كذلك بالاجماع فليتامل في الجواب الشافي قوله ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول اقول لقائل ان يقول ان كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق راسا بنصف القيمة لا بكلها كما هو الظاهر من قوله لانه لا حق له الا في النصف ينبغي ان لا يكون القيمة التي وجبت على المولى بين وليي الجنايتين نصفين كما هو المذكور في وضع المسئلة بل ينبغي ان يكون بينهما اثلاثا ثلثاه لولي الجناية الاولى وثلثه لولي الجناية الثانية لان حق ولي الجناية الاولى قد تعلق بكل القيمة كما صرح به المصنف رح فيما قبل حيث قال لانه استحق كل القيمة وعلى تقدير ان يتعلق حق ولي الجناية الثانية بنصف القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق ولي الجناية الاولى فينبغي ان يتضاربا في القيمة بقدر حقهما اذ قد مر في الفصل السابق ان جنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع من المولى الا في رقبة واحدة واولياء الجنايات يتضاربون بالحصص فيها وان كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق ايضا بكل القيمة ولكن يسقط نصفها بالتزاحم فيكون حقه الباقي له نصفها وكان هذا هو المراد بقول المصنف رح لا حق له الا في النصف ينبغي ان يرجع المولى بنصف القيمة على الغاصب ثانيا الى ولي الجناية الثانية لان حقه كان في كل القيمة كولي الجناية الاولى الا انه سقط نصفها بالتزاحم فلما اندفع التزاحم بوصول حق ولي الجناية الاولى بتمامه كان ينبغي ان يعود حق ولي الجناية الثانية في النصف الساقط بالتزاحم اليه كحق ولي الجناية الاولى ثم اقول يمكن ان يجاب باختيار الشق الثاني ويقال في الفرق بين وليي الجنايتين ان حق الاول تعلق بكل القيمة ثم انتقص نصفها بمزاحمة الثاني ومع ذلك لكن لا يسقط بالكلية حتى ان الثاني اذا ابرأ

لان الجناية الثانية حصلت في يد الغاصب فلا يكون موجودة ولا ما ذكرناه **قال** ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رح لان الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حر رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه فهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا **قال** واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي رح يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد رح ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي رح يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي قال محمد رح في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد رح انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضعه في يد مانعة فلا تبقى مستحقة للنظر الا اذا اقامه غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هاهنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره **قال** ...

باب القسامة قال واذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي رح اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك رح يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولي الشافعي رح واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه

يتعلق بكلها ولكن يسقط نصفها بالكلية بتزاحم الاول وذلك لانه لاحق بغير الاول عند وجود الجناية الاولى فانعقدت سببا موجبا لاستحقاق كل القيمة و انتقاص حقه انما كان لعارض حدوث المزاحمة بعد ذلك بخلاف الجناية فانها وجدت والمزاحم مقارن فلم ينعقد سببا موجبا لاستحقاق الزائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقرر عندهم ومر في مواضع شتى من الكتاب هذا غاية ما يتيسر من الكلام في توجيه المقام **قوله** اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا من الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرنا قال صاحب العناية فيه نظر فان الجناية الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن اخذ المولى منه حقها اول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل الماخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما اخذه انتهى اقول هذا النظر ناش من غلط في استخراج مراد المصنف رح فان الشارح المذكور زعم ان مراد المصنف رح بما يجعل عوضا عن الجناية الثانية في قوله يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانيا فبنى نظره المزبور عليه ولا شك ان مراد المصنف رح بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب اول مرة وهو النصف الذي كان حقا لولي الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب اول مرة حتى ضمن ما رجع به عليه فلا ينجاه اصلا كما قال اذ لا بعد في جعل

باب القسامة لما كان امر القتيل يؤول الى القسامة فيما اذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة في آخر الديات ثم ان القسامة في اللغة اسم وضع موضع الاقسام كذا في عامة الشروح اخذا من المغرب وقال في معراج الدراية القسامة لغة مصدر اقسم قسامة او اسم وضع موضع الاقسام انتهى اقول لا يرى وجه صحة لكون القسامة مصدر اقسم كما لا يخفى على من له دربة بعلم الادب واما في الشريعة فهي ايمان يقسم بها اهل محلة او دار وجد فيها قتيل به اثر يقول كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا كذا في العناية اقول فيه قصور فانه يخرج منه ما اذا وجد القتيل لا في محلة ولا في دار بل في موضع خارج من مصر او قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع انه يجب في هذه الصورة ايضا قسامة شرعية كما صرحوا به ويجيء في الكتاب ولا يقال عنه يجيء الكلام على اهل الاقرب وقوما لان المقام مقام تعريف لمعنى القسامة في الشريعة فلا بد من ان يكون جامعا ومانعا كما لا يخفى فالاولى ان يزاد عليه قيد ويقال هي في الشرع ايمان يقسم بها اهل محلة او دار او موضع خارج من مصر او قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه اذا وجد في شيء منها قتيل به اثر لا يعلم من قتله يقول كل واحد بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا وقال في النهاية فاما تفسيرها شرعا فما روى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه قال في القتيل يوجد في المحلة او دار رجل من المصر ان كان به جراحة او اثر ضرب او اثر خنق ولا يعلم من قتله يقسم خمسون رجلا من اهل المحلة كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا انتهى اقول فيه سماجة لا تخفى فان ما روى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة رح على ما ذكر في النهاية انما هو مسئلة القسامة لا تفسير القسامة شرعا فان التفسير من قبيل التصورات وما ذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى نعم يمكن ان يؤخذ منه تفسير القسامة شرعا بتدقيق النظر لكنه في موضع بيان معنى القسامة شرعا في اول الباب تعسف خارج عن سنن الصواب ثم قال في النهاية واما شرطها فهو ان يكون المقسم رجلا بالغا عاقلا حرا فلذلك لم يدخل في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد وان يكون في الميت الموجود اثر القتل اما لو وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية ومن شرطها ايضا تكميل اليمين بالخمسين انتهى وفي غاية البيان ايضا كذلك اقول فيه كلام اما اولا فلان شروطها غير منحصرة بما ذكر فان منها ايضا ان لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه

وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولى فان حلفوا لا دية عليهم وللشافعى فى البداية بيمين المدعى قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولى يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعى اصل له كما فى النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعى واليمين على من انكر وفى رواية على المدعى عليه وروى سعيد بن المسيب ان النبى عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولى الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولى اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولى لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او يختار صالحى اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل

ولكن يجب القصاص او الدية كما تقدم ومنها ان يكون القتيل من بنى آدم فلا قسامة فى بهيمة وجدت فى محلة قوم ولا غرم فيها ومنها الدعوى من اولياء القتيل لان القسامة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما فى سائر الدعاوى ومنها انكار المدعى عليه لان اليمين وظيفة المنكر ومنها المطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعى وحق الانسان يوفى عند طلبه كما فى سائر الايمان ومنها ان يكون الموضع الذى وجد فيه القتيل ملكا لاحد او فى يد احد فان لم يكن ملكا لاحد ولا فى يد احد اصلا فلا قسامة فيه ولا دية ومنها ان يكون القتيل ملكا لصاحب الملك الذى وجد فيه فلا قسامة ولا دية فى قن او مدبر او ام ولد او مكاتب او ماذون وجد قتيلا فى دار مولاه نص فى البدائع على هاتيك الشروط كلها بالوجه الذى ذكرناه مع زيادة تفصيل فما وجه ذكر بعض الشروط وترك اكثرها واما ثانيا فلانه اذا وجد قتيل فى دار مكاتب فعليه القسامة واذا حلفت يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية نص عليه فى البدائع وقال ذكره القاضى فى شرحه لمختصر الطحاوى فما معنى جعل كون المقسم حرا من شروطها اللهم الا ان يقال المكاتب حر يدا وان لم يكن حر رقبة كما صرحوا به ومر فى الباب السابق فوجد فيه الحرية فى الجملة فيما نحن فيه اشتراط الحرية فى القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه وقال فى الغاية وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر القتل فى الميت وتكميل اليمين خمسين انتهى وكل فيه شئ من الاخلال زائد على ما فى النهاية وغاية البيان وهو انه لم يتعرض فيه لاشتراط المذكورة فى المقسم مع كونها شرطا ايضا ثم اقول فى امكان توجيه ذلك احتمالان احدهما انه اكتفى فى افادة ذلك الشرط ايضا بتذكير لفظ المقسم فى قوله بلوغ المقسم وتذكير الضمير فى قوله وعقله وحريته وان كان تغليب المذكر على المؤنث شائعا فى احكام الشرع وثانيهما انه ترك ذكر اشتراط المذكورة بناء على وجوب القسامة على المراة فى مسئلة عند ابى حنيفة ره ومحمد رحمه الله وهى ما يجى فى آخر هذا الباب من انه لو وجد قتيل فى قرية لامراة فعند ابى حنيفة ره ومحمد ره عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال ابو يوسف ره القسامة على العاقلة ايضا وكانت المراة اهلا للقسامة فى الجملة عندهما قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا اقول فى تحرير المصنف ره هنا قصور بل اخلال اما اولا فلان مذهب الخصم مثل مذهبنا اذا لم يكن هناك لوث اى قرينة حال توقع فى القلب صدق المدعى سواء كان ذلك اللوث من قبيل علامة القتل على واحد بعينه كالدم او من قبيل ظاهر يشهد للمدعى كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالثانى كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله او ظاهر يشهد للمدعى فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه فحق العبارة ان يقال وان لم يكن هناك لوث واما ثانيا فلان ايراد الضمير المفرد فى قوله فمذهبه بعد ان ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعى ره ومالك ره وان قال واللوث عندهما الى آخره من قبيل الاغلاق حيث لا يفهم ان مرجعه اى منهما ومن هذا حمله بعض الشراح على الشافعى ره وبعضهم على مالك فحق المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يخفى قوله ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من انكر اقول لقائل ان يقول ان قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه ان افاد قصر اليمين على المدعى عليه بناء على ما صرحوا به فى علم الادب من ان المعرف باللام مجنس اذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والتوكل على الله والائمة من قريش وقد اشار اليه المصنف ره فى باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدل فيه على ان لا يرد اليمين على المدعى عندنا بقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافى الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شئ انتهى لزم ان لا يصح تحليف غير المدعى عليه من اهل المحلة فيما اذا ادعى الولى القتيل على بعض منهم بعينه مع انه يستحلف خمسون رجلا من اهل المحلة فى هذه الصورة ايضا كما صرح به المصنف ره فيما سيجئ وجعل اطلاق جواب الكتاب دليلا عليه وقال وكذا الجواب فى المبسوط وان لم يفد قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه قصر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعى هنا بالحديث المذكور فلا يصح التعليل به اللهم الا ان يقال يجوز ان يثبت به المدعى هنا بوجه آخر وهو انه عليه السلام ذكر قوله المزبور بطريق القسمة بين الخصمين والقسمة تنافى الشركة وقد اشار المصنف ره اليه ايضا فى باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال ولا يرد اليمين على المدعى لقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على

وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختار اعمى او محدودا في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة **قال** فاذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهدت في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا ان النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن ابي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس

من ذكر قسم من القسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شئ انتهى ولا يخفى ان منافاة القسمة الشركة انما تقتضي ان لا يكلف المدعي لان لا يحلف غير المدعي والمدعى عليه كما فيما نحن فيه في صورة ان ادعى الولي القتل على بعض معين من اهل المحلة نعم يلزم ان ينتقض بهذه الصورة قول المصنف في باب اليمين وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شئ تامل تقف **قوله** وفائدة اليمين النكول فاذا كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح اقول لا فائدة ههنا لذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول بل فيه خلل لان موجب النكول في هذه المسئلة حبس الناكل حتى يحلف لا القضاء بما ادعاه الولي بما سياتي في الكتاب فانما يظهر فائدة اليمين على الصالح في اظهاره القاتل تحرزا عن اليمين الكاذبة لا في مجرد نكوله حتى يلزم المصير الى ذكر المقدمة المذكورة ثم ان كون فائدة اليمين النكول انما هو في الاموال لا في باب القسامة لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية بخلاف النكول في الاموال كما سياتي بيانه في الكتاب فلا معنى لذكر تلك المقدمة ههنا ولقد اصلح صاحب الكافي تقرير هذا المحل حيث قال ولان بختار المشائخ والصلحاء منهم لانهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة اكثر مما يتحرز الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم اظهروه ولم يحلفوا انتهى لكن بقي في هذا المقام اشكال على كل حال وهو انه لو اخبر بعض من اهل المحلة بانه يعلم ان القاتل احد من اهل المحلة بعينه او واحد من غيرها لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة عن انفسهم كما صرحوا به وسيجئ في الكتاب تفصيله فما الفائدة في استحلافهم على العلم راسا ولم ار احدا من الثقات حام حول حل هذا الاشكال سوى صاحب البدائع فانه قال فان قيل اية فائدة في الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فاخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن انفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن انفسهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للمتهم وقال صلى الله عليه وسلم لا شهادة لجار المغنم ولا الدافع المغرم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت لما روي من الاخبار فاتبعت السنة من غير ان يعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين احدهما انه من الجائز ان يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطاء صحيح فيقال له ادفعه او افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا وجائز ان يقر على عبد غيره فيصدقه مولاه فيؤمر بالدفع او الفداء ويسقط الحكم عن غيره وكان مفيدا فجاز ان يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقي هذا الحكم وان لم يكن لواحد من اهل المحلة عبد كالرمل في الطواف فان النبي صلى الله عليه وسلم كان رمل في الطواف لاظهار الجلادة والقوة للكفرة ويقول رحم الله امرأ اظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم وبقي الرمل في الطواف كذا هذا والثاني انه يحتمل ان يكون واحد منهم صبيا او مجنونا او عبدا محجورا عليه بالقتل فلو اقر به يلزمه في ماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال علمت له قاتلا وهو الصبي الذي امر بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره وكان مفيدا الى هنا لفظ البدائع فعليك بهذا على ذكر منك **قوله** ولنا انه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه لم يجز القسامة بينهم بالكلية فانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية من ابل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح ههنا انتهى اقول اشارة رسول الله صلى الله عليه وسلم الى وجوب القسامة على اليهود وبقوله يبرئكم اليهود بايمانها وانما لم يجز القسامة بينهم لعدم طلب اولياء القتيل اياها حيث قالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه ومطالبة ولي القتيل بالقسامة شرط لاجرائها على الخصوم كما عرفته فيما مر آنفا من ذكرنا شروط القسامة على التفصيل نقلا عن البدائع وانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده او بمائة من ابل الصدقة على سبيل الحمالة منهم بناء على ان اهل الذمة من اهل البر اليسير وقد افصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا حيث قالا بعد نقل الحديث ثم قيل انما ودى رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه يجوز الحمالة عن اهل الذمة فان قضاء دين الغير يجوز له واهل الذمة من اهل البر اليسير حتى جاز فتعليمنا

وكذا اليمين مشروعة فيما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل
فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم
في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية
بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرناه اذا ادعى
الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم
انه قتل وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول ان في القياس تسقط القسامة والدية عن
الباقين من اهل المحلة ويقال للولي ألك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه على القتل يمينا واحدة ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما
اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم وفيما وراءه بقي على اصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم

صرف الكفارات اليهم ولا يجوز من مال الزكوة الا على سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى ثم ان هذا القدر من التوجيه انما يحتاج اليه على ما روى حديث عبد الله
بن سهل بن ابي حثمة كما وقع في الصحيحين واما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار للطحاوي قصرا على الزهري واخرجه كثير من المحدثين عن الزهري عن سعيد
بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه في مصنفه ومنهم ابن ابي شيبة رواه ايضا في مصنفه ومنهم الواقدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر فايجاب النبي صلى الله عليه وسلم
القسامة والدية على اليهود صريح بين وقد ذكره المصنف اجمالا من قبل حيث قال وروى ابن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية
عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم وفصله الشراح حيث قالوا روى الزهري عن سعيد بن المسيب ان القسامة كانت من احكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه و
سلم في قتيل من الانصار وجد في جب اليهود بخيبر وذكر الحديث الى ان قال فالزم رسول الله صلى الله عليه وسلم الدية والقسامة انتهى وكذا امر ايجاب القسامة
والدية معا على اليهود ظاهر على ما روى ابن عباس رض ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذي يخرجه عنكم فكتبوا اليه
ان مثل هذه الحادثة وقعت في بني اسرائيل فانزل الله تعالى على موسى عليه السلام امرا فان كنت نبيا فاسأل الله تعالى مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى
اراني ان اختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس اي بالوحي كذا ذكر الحديث في
الكافي والبدائع وغيرهما فظهر ان منشأ البحث المزبور عدم الاحاطة بجوانب المقام تخيرا **قوله** وكذا اليمين مشروعة عما وجب له القصاص والقسامة ما شرعت
لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص اقول الظاهر ان
المراد بهذا هو الجواب عن قول الشافعي رح ولان اليمين عهد بالشرع مبرئا للمدعى عليه لكن يرد عليه انه انما يتم فيما اذا ادعى ولي القتيل القتل العمد فان الموجب
حينئذ هو القصاص على تقدير ان يقروا بذلك فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه واما فيما اذا ادعى القتل الخطأ فلا يتم ذلك لان الموجب حينئذ هو الدية على
تقدير ان يقروا به فاذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم ايضا عندنا ويمكن ان يقال ولي القتيل وان ادعى القتل خطأ
يحلف اهل المحلة بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا باطلاق القتل عن قيد العمد والخطأ فيجوز ان وقع القتل منهم عمدا ولم يعلم الولي بل ظن انهم قتلوا خطأ فلو
قروا في مثل ذلك بالقتل العمد تحرزا عن الايمان الكاذبة بناء على اطلاق القتل في تحليفهم لظهر القصاص فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعا فان قلت اذا
كانت دعوى الولي مخصوصة بالقتل الخطأ كيف يصح اطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير في الشرع قلت لا غرو في ذلك وله نظير في الشرع الا يرى انه
لو ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه قتل قريبه عمدا او خطأ استحلف خمسون منهم بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا كما استحلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما يجيء
في الكتاب فتأمل وان حل هذا المحل بهذا الوجه مما يضبط البيت في تصحيح كلام المصنف رح هنا وان كان يرى تعسفا في بادي الرأي **قوله** ثم الدية تجب بالقتل
الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم اقول الاوجه لذكر قوله لا بنكولهم هنا بل الحق ان يذكر بدله لا بايمانهم لانا الآن بصدد بيان موجب ايمانهم
واما موجب نكولهم فانما يأتي بيانه من بعد بقوله ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا بنكولهم بما نحن بصدده ولان الظاهر ان قوله ثم الدية
تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا الخ جواب عن قول الشافعي رح لا ملزما كما في سائر الدعاوى يعني ما عهد اليمين في الشرع ملزما كما في سائر الدعاوي
فالدافع له ان يقال الدية انما تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لا بايمانهم فلم يكن اليمين ملزما ههنا كما في سائر الدعاوي فقوله لا بنكولهم حشو محض في
دفع ذلك وانما اللازم ان يقال بدله لا بايمانهم كما لا يخفى **قوله** ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف قال تاج الشريعة هذا اذا ادعى الولي القتل
عمدا اما اذا ادعاه خطأ فنكل اهل المحلة فانه يقضى بالدية على عاقلته ولا يحبسون ليحلفوا انتهى واما سائر الشراح فلم يقيد احد منهم ههنا بشيء ما قيد به صاحب النهاية

وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص [illegible] مع أنهم إن ثبت ما ادعاه [illegible] كان به بينة وإن لم يكن استحلفه عليه [illegible] لأنه ليس بقسامة لانعدام [illegible] ثم إن حلف [illegible] والدعوى في المال ثبت بالنكول في القصاص وغيره على الخلاف في مضى كتاب الدعوى **قال** وإن لم يكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى يتم خمسين لما روي أن عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى إليه تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية [illegible] مثل ذلك ولأن الخمسين واجب بالسنة فيجب إتمامها ما أمكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام أمر الدم [illegible] كاملوا [illegible] **قال** ولا قسامة على صبي ولا مجنون لأنهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح **قال** ولا امرأة ولا عبد لأنهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها **قال** وإن وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية لأنه ليس بقتيل إذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره الحي وهذا ميت حتف أنفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم [illegible] كونه قتيلا وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق [illegible] خرج من فيه أو دبره أو ذكره لأن الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل أحد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن [illegible] أو وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شيء عليهم

إلا أن صاحبي النهاية والعناية قالا في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية إن حلفوا والحبس حتى يحلفوا إن أبوا المراد عن الولي العمد ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى ولا يخفى أن ظاهر ما ذكراه هناك يطابق ما ذكره تاج الشريعة ههنا أقول لا يذهب عليك أن الظاهر من إطلاق جواب مسئلة الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذي ذكره المصنف ره ومن دلالة قوله فيما بعد هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا إذا ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى في العمد أو الخطأ أن يكون الحبس أي إلى أن يحلف الناكل موجب النكول في كل واحدة من صورتي دعوى الخطأ ومن أقرب أصحاب المتون قاطبة أطلقوا جواب هذه المسئلة وكذا أطلقه الإمام قاضيخان في فتاواه حيث قال فإن امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى وكذا حال سائر ثقات الأئمة في تصانيفهم وكان صاحب الغاية بينه لهذا حيث قال في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية على العاقلة في ثلث سنين عندنا عند الشافعي ره إن حلفوا أو أبوا وأما إذا أبوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا أو يقروا انتهى فإنه جرى في بيان حكمها أيضا على الإطلاق كما ترى ثم أقول التحقيق ههنا هو أن في جواب هذه المسئلة روايتين أحدهما أنهم إن نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على الإطلاق وهو ظاهر الرواية عن أئمتنا الثلاثة والأخرى أنهم إن نكلوا لا يحبسون بل يقضي بالدية على عاقلتهم في ثلث سنين بلا تقييد بدعوى الخطأ وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف ره وقد أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلا فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا هكذا ذكر في الكتاب وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف رحمه الله أنه قال لا يحبسون ولكن يقضي بالدية على عاقلتهم في ثلث سنين وقال ابن أبي مالك هذا قول الآخر وكان ما ذكر في ظاهر الرواية قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف ره الأول إلى ههنا لفظ المحيط ثم أقول بقي ههنا إشكال وهو أنه قد مر في باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالإجماع ثم إن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وإن كان في النفس يحبس حتى يحلف أو يقر عند أبي حنيفة ره وقال أبو يوسف ومحمد ره لزمه الأرش في النفس وفيما دونها انتهى فمقتضى إطلاق ذلك أن يكون موجب النكول في القسامة أيضا هو القضاء بالدية دون الحبس عند أبي حنيفة ره ومحمد ره وإن ادعى ولي القتيل القصاص مع أن المذكور في عامة الكتب أن يكون موجب النكول في القسامة هو الحبس إلى الحلف بلا خلاف فيه من أبي يوسف ره ومحمد ره كما هو ظاهر الرواية نعم قد ذكر أيضا في المحيط والذخيرة أنه روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف ره أنه يقضي بالدية في القسامة أيضا عند النكول لكن يبقى الإشكال التنافي بين ما ذكر في المقامين على قول أبي يوسف ره في ظاهر الرواية وفي قول محمد مطلقا فتأمل في الدفع

قوله وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس أقول فيه بحث لأنه إن أراد بإطلاق النصوص إطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن لا يجدي ههنا نفعا إذ من القواعد المقررة عندهم أن النص الوارد على خلاف القياس يختص بمورده والنصوص فيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وأن يكون مخصوصة بموردها وهو ما إذا وجد القتيل في مكان منسوب إلى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم كما ذكر في وجه القياس وإن أراد بإطلاقها إطلاقها بحسب المورد أيضا فهو ممنوع إذ لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما ادعى الولي القتل على البعض من أهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب **قوله** [illegible] النصرة [illegible] اليمين على أهلها أقول يشكل إطلاق هذا القول على قول أبي حنيفة ره ومحمد ره في مسئلة تجيء في آخر هذا الباب [illegible] أنه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ره ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها وأما عند أبي يوسف ره فالقسامة أيضا على العاقلة انتهى وسيجيء في كتاب المعاقل ما يتعلق بهذا

لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير

من الجواب عما فيه من الخلل **قوله** لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة يعني ان وجوب القسامة على اهل المحلة ووجوب الدية على عاقلتهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد في كل البدن واكثر البدن كل حكما وان لم يكن كلا حقيقة فالحق اكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيما لامر الدم وما سواه ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية كذا في غاية البيان اقول في هذا التعليل شيء وهو انه قد ذكر في وضع المسئلة انه لو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الراس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية والتعليل المذكور انما يفيد وجوب القسامة والدية على اهل المحلة فيما اذا وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن في تلك المحلة لا فيما اذا وجد النصف ومعه الراس فيها فان الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا الاكثر فلم يكن ما ورد فيه النص ولا ملحقا به فلم يتم التقريب اللهم الا ان يقال النصف اذا كان معه الراس يصير في حكم اكثر البدن بناء على شرف الراس وكونه اصلا كما صرحوا به فيصير قول المصنف رحمه الله الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي شاملا لما هو الاكثر حقيقة او حكما فيتم التقريب بهذا التاويل ثم بقي شيء آخر وهو ان قول المصنف رحمه الله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة قاصر عن افادة تمام المقصود اذ قد ذكر من قبل انه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الراس او وجد يده او رجله او راسه فلا شيء عليهم ولا يخفى ان قوله بخلاف الاقل الى آخره لا يشمل ما وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا يحصل تمام التقريب فالاولى ان يقال بخلاف الاقل والنصف الذي ليس معه الراس الى آخره وكان صاحب الغاية ذاق هذه الشناعة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف رحمه الله بخلاف الاقل الى آخره وما سواه ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية انتهى واورد بعض الفضلاء على قول المصنف رحمه الله الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي حيث قال فيه بحث لان هذا قياس انتهى اقول ليس ذاك بوارد فان هذا الذي ذكره المصنف رحمه الله ليس بقياس بل هو الحاق بدلالة النص كما يرشد اليه قوله ولا ملحق به في قوله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لا دلالة النص كما لا يخفى **قوله** ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان يعني لو وجبت بالاقل لوجبت بالاكثر ايضا اذا وجد وكذلك لو وجبت بالنصف لوجبت بالنصف الآخر ايضا اذا وجد فيلزم ان تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز اذ لم تشرع مكررتين قط قال في غاية البيان كان ينبغي ان يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية لانه حينئذ يكون اكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك وقصد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف رحمه الله حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان ويجوز ان يكون مراد القسامتان والديتان على القطعتين تكرران في خمسين نفسا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان القسامة في الشرع اسم لمجموع ايمان يقسم بها خمسون من اهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم انسان فكيف يتصور ان تتحققا في كل واحد من خمسين نفسا حتى يصح توجيه تكرر القسامتين والديتين على القطعتين بتكررهما في خمسين نفسا وانما الموجود في احاد خمسين نفسا بعض القسامة والدية لا نفسهما والكلام في اسناد التكرر الى نفس القسامتين والديتين فلا مساغ لذلك التوجيه **قوله** والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب اقول فيه نظر لانه اذا كان الباقي نصف القتيل مشقوقا بالطول مثلا يصدق عليه انه بحال لو وجد لا يجري فيه القسامة اذ قد صرح فيما قبل بانه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا شيء عليهم مع انه لا تجب القسامة حينئذ في الموجود الاول ايضا بناء على ذلك المصرح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب كما لا يخفى **قوله** ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة اقول في تحرير هذه المسئلة بهذا الاداء فتور من وجه الاول

كان بصاحب الضرب فهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم [illegible] وانكار [illegible] لانه ينفصل حيا **قال**

واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره [illegible] فان اجتمعوا فعليهم

لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم **قال** وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما [illegible] ابي يوسف [illegible] قريتين فامر

ان يذرع [illegible] رضي الله عنه انه كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب [illegible] بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم

بالقسامة وقيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا **قال** وان وجد القتيل في دار انسان

فالقسامة عليه دون اللازم [illegible] والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم **قال** ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة رح وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف رح

هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى الا ترى انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة

دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم على املاكهم وكان ياخذ منهم على وجه الخراج **قال**

وهي على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا

والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رح بنى

ذلك على ما شاهد بالكوفة **قال** وان بقي واحد منهم فكذلك عند ابي حنيفة رح لما بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم

لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم واذا وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه

الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها [illegible]

[illegible] البقعة كاهل المحلة **قال** فان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل وللآخر ما بقي فهو على رؤس الرجال لان صاحب القليل

يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة **قال** ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل

فهو على عاقلة البائع وان كان فيه خيار [illegible] فهو على عاقلة الذي في يده عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له

ان الجنين على ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد ما دام في البطن فكيف يتصور ان يوجد فيهم جنين وحده وهو في بطن امه اما وجوده مع امه فهو بمعزل عما نحن فيه لكون

الحكم هناك للام دون الجنين والثاني ان ذكر الجنين يغني عن ذكر السقط لان السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه والجنين يعم تام الخلق

وغير تامه والثالث ان قوله ليس به اثر الضرب غير كاف في جواب المسئلة اذ لا بد فيه من ان لا يكون به اثر الجراحة والخنق ايضا كما تقرر فيما سبق فالاقتصار

هنا على نفي اثر الضرب تقصير والاظهر [illegible] ان يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به اثر القتل فلا شيء عليهم تدبر **قوله** وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق

وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره

اذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامته اجيب بان ذاك انما لم يجب في الاطراف قبل ان يعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها

مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص او دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه وعضو من وجه فاذا انفصل

تام الخلق وبه اثر الضرب وجبت فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق ان

ينفصل حيا واما اذا وجد ميتا ولا اثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا تفرق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء فكذا هذا كذا قال جمهور الشراح

ورد صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب هذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربما تراه ولان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق

في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق

في باب القسامة فانه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار ولهذا قالوا تجب الدية بالقتيل الموجود منهم ظاهر لوجود القتيل بينهم

الظاهر منهم فقوله لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو

اعظم خطرا اولى ممنوع فان ما لزم من عدم كون الظاهر حجة في الاموال وما يسلك بها مسلكها اهدار

امر حقير وما لزم من عدم كونه حجة في النفوس اهدار امر خطير ولا شك ان اهدار الحقير اهون واولى من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب ان

يقال الظاهر ههنا اعتبر دافعا لما عسى يدعي المقاتل عدم حيوته واما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم اسجع كسجع الكهان

قوموا فدوه انتهى اقول يرد عليه ان حديث حمل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتا وموجبه الغرة وهي نصف عشر الدية وانما سماها رسول الله صلى الله عليه

وسلم دية حيث قال فدوه لكونها بدل النفس كما تقرر في باب الجنين والكلام ههنا في جنين انفصل حيا بناء على ان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا والموجب

فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب فاين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث حمل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث

حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لي فضربت احديهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا

فاختصم اولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل

ومثل دمه يطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية يعني دار اجي العرب قوموا فدوه الحديث وكانه نسي ما قدمه هناك **قوله** واذا وجد قتيل في

لانه انما يجب ما يجب باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع ... للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في ... وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك بدون اليد وفي البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ **قال** ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة **قال** وان وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا عند ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل **قال** وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف تجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فرع تخريجه المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف رح **قال** وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف احد بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد اما اذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اخص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو اقرب منه الا ترى انهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فيه بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص اهله به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم **قال** وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان **قال**

دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة اذا كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان قال صاحب العناية في شرح هذا المقام يعني اذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان ففي احدهما تجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما يرى من التدافع بين قوله قبيل هذا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على اخرى انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان قول المصنف ره فيما قبل وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وان جاز ان يحمل على احدى الروايتين اللتين ذكرهما صاحب العناية الا ان قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز ان يحمل على الاخرى منهما فان القسامة فيها على عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلته جميعا وفيما ذكره المصنف ره ههنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتغايرا واما ثانيا فلان قول المصنف ره فتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان صريح في التوفيق بين المسئلة التي ذكرها ههنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كان قومه حضورا ووجوبها على رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصير الى الحمل على الروايتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح ان يكون شرحا لمراده **قوله** لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك اقول هذا التعليل على قول ابي يوسف رح مشكل لانه ان اراد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر بمعنى ان الولاية تستفاد بالملك لا بغيره فينتقض ذلك بما مر من ان السكان يدخلون في القسامة والدية مع الملاك عنده مع ان ولاية التدبير كما يكون بالملك تكون بالسكنى وان لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقريب في اثبات مدعاهما في هذه المسئلة كما لا يخفى **قوله** وله ان القدرة على الحفظ باليد دون الملك الا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد اقول هذا التنوير غير واضح لانه ان اراد باليد اي سواء كانت يد اصالة او يد نيابة فليس بصحيح اذ لا يجب شيء من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد اصالة كما صرحوا به قاطبة فلو امكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة ايضا لما صح ذلك وان اراد بها يد الاصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحباه لا يسلم انه يقتدر على الحفظ بيد الاصالة فقط بدون الملك ولا انه لا يقتدر عليه بالملك بدون تلك اليد بل نقول ولاية الحفظ انما يستفاد بالملك دون اليد كما في مسئلتنا المتنازع فيها وبالجملة ما ذكر في هذا التنوير ليس باجلى من اصل المسئلة **قوله** ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده قال صاحب العناية ولا يتخلجن في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان الاعتبار عند ابي حنيفة رح لليد لان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى اقول لقائل ان يقول ان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة لكن كيف يتم على التعليل الذي ذكره المصنف ره بقوله لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه وهل هذا الا تناقض هذا لما مر من ان الاعتبار عند ابي حنيفة رح ... الملك كما في المسئلة المتقدمة ايضا فان الملك هناك للمشتري مع ان الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله

بقية

قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم و وجه الفرق قد بيناه من قبل وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عيّن من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم ياخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه **قال** واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة شيء لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل المحلة عن القسامة **قال** ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه اما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها ان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك

وقال صاحب الغاية هنا ولا يلزم ابا حنيفة رح انه يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة في يد البائع يوجد فيها قتيل ان الدية تجب على عاقلة البائع لانه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد المالك الا بالبينة انتهى وذكر في معراج الدراية ما يوافقه حيث قال وفي جامع الكرابيسي اعتبر ابو حنيفة يد الملك لا مجرد اليد في المسئلة المتقدمة وهنا لا يثبت ذلك الا بالبينة فلا يرد نقضا عليه انتهى اقول هذا التوجيه مشكل لان الملك في المسئلة المتقدمة كان للمشتري لا محالة ولهذا لم ينشأ النزاع بين ابي حنيفة رح وصاحبيه في ملك المسئلة اذ لو كان الملك ايضا للبائع لما صح الخلاف واقامة الحجة من الجانبين على ما مر بيانه فاذا كان الملك هناك للمشتري فكيف يتحقق للبائع اذ ذاك يد الملك اذ ثبوت يد الملك يقتضي ثبوت نفس الملك ايضا له فيلزم ان يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال وان اريد بيد المالك غير معناه الظاهر اي اليد التي كان لصاحبها ملك في الاصل وان زال ذلك الملك في الحال بالبيع فما معنى اعتبار مثل ذلك للامر الزائل في ترتب الحكم الشرعي عليه في الحال وهل يليق ان يعد ذلك اصلا لامامنا الاعظم فعليك بالتامل الصادق **قوله** وان ادعى على واحد منهم غيرهم سقط وقد بيناه من قبل قال صاحب العناية يريد به قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة انتهى واقتفى اثره العيني اقول الظاهر انه اراد به قوله بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناها لاوجبناها بالقياس وهو ممتنع فانه هو المطابق لهذه المسئلة التي ذكرها المصنف ره هنا دون ما حمل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى **قوله** وجه الفرق هو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم اقول لقائل ان يقول ان اريد ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم بدون ان يتعين خصوصه فهو مسلم لكن لا نسلم ان تعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر حينئذ فان ابتداء الامر اذ ذاك كون القاتل منهم بدون ان يتعين خصوصه وتعيينه واحدا منهم يلزم ان يتعين خصوصه وان كان منهم لا تري ان تعيين خصوص القاتل ينافي عدم تعيينه وان اريد ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم سواء تعين خصوصه او لم يتعين فهو ايضا ممنوع اذ لا يظهر وجه كون الجناية الصادرة عن واحد منهم عند تعيين خصوصه سببا لوجوب الغرم عليهم جميعا الا يرى اذا اقر واحد منهم بعينه بقتل القتيل الموجود بين اظهرهم او ثبت ذلك بالبينة لا يجب شيء على غيره اصلا فان قيل يجوز ان يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا عند تعيين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة ايضا تقديرا بترك النصرة لعدم اخذهم على يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف ره فيما بعد وهم انما يغرمون اذا كان القاتل فيهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم ياخذوا على يد الظالم قلنا ذلك انما يظهر اذا علموا قتل ذاك الظالم فتركوا النصرة واما اذا لم يعلموا ذلك بان كان قتله خفية فلا نسلم ذلك مطلقا لعدم تقصيرهم في حفظ المحلة ليشكل بما اذا اقر واحد منهم بعينه بالقتل او ثبت ذلك بالبينة فانه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك السبب فيه ايضا فتامل في التوجيه فذكر في الشروح نقلا عن المبسوط انه روى ابن المبارك عن ابي حنيفة ره انه يسقط القسامة والدية عن اهل المحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه يكون ابراء لاهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتيل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولي انه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى قلت هذه الرواية اظهر عندي دراية والله اعلم بالصواب **قوله** ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه اقول يشكل هذا التعليل بما اذا ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه فانهم اذا لم يغرموا بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره لزم ان يسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق ولعله لا يتيسر بدون التعسف قال العيني واعلم ان قوله وجه الفرق الى قوله قال واذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه اكثر الشراح انتهى قلت ومن هو التزمه ما فيه من الوهن كما نبهت عليه انفا في الموضعين **قوله** واذا التقى قوم

وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة رح خلافا لابي يوسف رح وقد ذكرناه **قال** واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه **قال** واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضة ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضة بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس **قال** ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف رح ان الشهود يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزادون على ذلك لانهم اخرجوا انفسهم حيث عرفوا القاتل **قال** ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا قسامة ولا دية لان الذي حصل في القبيلة او المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى اهله في قول ابي يوسف رح وفي قياس قول ابي حنيفة رح يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد وزفر رح لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا

بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم اي وجد بين اظهرهم يعني بينهم والظهر والاظهر يستعملان مقحمين كما في قوله عليه الصلاة والسلام الصدقة الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب وكذا في الاظهر يقال اقام بين اظهرهم اي بينهم كذا في الشروح فان قيل الظاهر ان قاتله من غير اهل المحلة لانه من خصمائه قلنا قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم كذا في النهاية والعناية اقول يرد على هذا الجواب ان يقال ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على اهل المحلة ولا تجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصماء من غير اهل المحلة دافعا للقسامة والدية عن اهل المحلة مع ان الاصل الشائع ان يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالاظهر في الجواب ان يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتيل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل المحلة لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص وسياتي مثل هذا عن قريب **قوله** وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا قال في العناية قوله لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا يرجع الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الاسلام ولا يدري ان القاتل من اي الفريقين ترجح احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح في انهم لا يتركون الكفار في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين واما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتيل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص اولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك انتهى وقال بعض الفضلاء طعنا في المصير الى الفرق المذكور ظاهر فان الظاهر ههنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة وثمة لو كان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على اهل المحلة للنص انتهى اقول ليس هذا الفرق بتام فضلا عن كونه ظاهرا لان الظاهر ثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق بل يجوز ان يكون حجة لدفع القسامة والدية عن اهل المحلة ولا يكون حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبية في ذلك المحل فيلزم ان يكون هدرا فلابد في تمام الفرق بين المسئلتين من المصير الى ما ذكره المشائخ من البيان ونقله صاحب العناية فتحققه

قوله ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رح قال صاحب العناية اعلم ان المصنف رح قال فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رح ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلته اي عاقلة الميت اما ان يكون عاقلة الورثة او غيرهم فان كان الاول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهما وان كان الثاني كان الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا اشار الى الاول في حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف اي على عاقلة ورثته الى هنا كلامه اقول ما ذكره في الدفع كلام مشوش خارج عن التحصيل سيما قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف اي على عاقلة ورثته فان حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على عاقلته عند ابي حنيفة يعم الصورتين قطعا اي صورة كون عاقلة الميت عاقلة الورثة وصورة ان كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فما معنى تخصيص حكمها بالصورة الاولى ومجرد الاشارة الى امكانهما لا يقتضي تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى يقدر المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلته على التقدير الثاني ولم يقدر على التقدير الاول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف اي على عاقلة ورثته فالوجه في الدفع ان يقال المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلته اي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل ويتناول

ولهما ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور القتل بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيكون هدرا ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف رحمه الله يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل انه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف رحمه الله ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتاخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك

الصورتين معا اما تناوله الصورة الثانية وهي ان كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر واما تناوله الصورة الاولى وهي ان كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلان عاقلته عاقلتهم اذا اتحدتا يصح نسبتهم الى الورثة كما يصح نسبتهم الى الميت بل يكون نسبتهم الى الورثة اولى ههنا لان الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف رحمه الله في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف رحمه الله فديته على عاقلة لورثته اي على عاقلة ورثته لانه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لا له لانه ميت والميت ليس من اهل الملك كانت الدية عليهم ثم قال ان الدية على عاقلته بناء على الظاهر وهو ان عاقلة الوارث والمورث متحد وان كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي ان الدار مملوكة للورثة لا للميت ان تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الاصح وعلى قياس طريقة ان غيره لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب ان يكون الدية على عاقلة القتيل كذا في المبسوط انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان هذا اولى مما ذكره صاحب العناية الا ان في تقريره ايضا شيئا من الركاكة فلا يرجح ما قررناه من قبيل تامل ترشد **قوله** ولهما ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم اعترض عليه ان الدية انما وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم واجيب بانها يجب للمقتول حتى يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل اباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له كذا في العناية وعليه اكثر الشراح اقول يرد على ظاهر هذا الجواب انه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسئلة فان المذكور فيه فديته على عاقلة لورثته عند ابي حنيفة ومقتضى جواب الاعتراض ان تكون ديته له لا لورثته ويمكن دفعه بان المراد بالمذكور في وضع جواب المسئلة ان دية المقتول على عاقلة لورثته في ثاني الحال لمصيرها لهم بالخلافة عن المقتول بعد ان كانت له اولا ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بعزيز في كلمات الثقات ثم اقول بقي ههنا اشكال قوي وهو ان قد مران دعوى ولي القتيل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القتيل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم فيلزم ان يكون دعواهم على انفسهم لان الدار كانت لهم حال ظهور القتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه ايضا بحمل فليتامل ثم اجاب صاحب الغاية عن اصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال قلت العاقلة اعم من ان تكون ورثة او غير ورثة ما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة ثم اقول فيه انه ان اراد ان الدية اسم لما قد يجب من الانواع المخصوصة من المال كما تقرر في اول الديات وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرح به فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فديته على عاقلة لورثته لان دية المقتول مجموع ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم واما ثانيا فلان المحذور المذكور في الاعتراض المزبور انما هو ان يكون الذين عقلوا عنهم هم الذين عقلوا لهم وهم الورثة كما ينادي عليه قول المعترض فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم لا ان يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال ان من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد على ان العاقلة اذا كانت اعم من ان يكون ورثة او غير ورثة كما صرح بذلك المجيب يكون الورثة ايضا من وجبت لهم الدية لان الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم بالنظر الى الورثة لا محالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

كتاب المعاقل

اقول بهذا وقع العنوان في عامة المعتبرات لكن كان ينبغي ان يذكر العواقل بدل المعاقل لان المعاقل جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات وهذا مع كونه مؤديا الى التكرار ليس تاما في نفسه لان بيان اقسام الديات واحكامها قد مر مستوفى في كتاب الديات وانما المقصود بالبيان

قال والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والأصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للأولياء قوموا فدوه ولأن النفس محترمة لا وجه إلى الإهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا إلى الآلة فلا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه وفي إيجاب مال عظيم إجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم إليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وإنما خصوا بالضم لأنه إنما قصر لقوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به **قال** والعاقلة أهل الديوان إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على أهل العشيرة لأنه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولأنه صلة والأولى بها الأقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فإنه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لأن العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وإن كان بالحلف فأهله والدية صلة كما قال لكن إيجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه في أصول أموالهم والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر رضي الله عنه ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود وتأويله إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء على ما نبين إن شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل

ههنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة فالمناسب في العنوان ذكر العواقل لأنها جمع العاقلة قال صاحب النهاية لما كان موجب القتل الخطأ وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها في هذا الباب انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول ليس ذلك بسديد لأن مداره أن يكون المقصود بالذات في هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة أحكامها وليس كذلك فإن محلها كتاب الديات وقد استوفيت هناك على التفصيل وإنما المقصود بالذات ههنا معرفة العواقل وأحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد ولولا ذلك لما ذكر الكتاب ههنا بل كان ينبغي أن يذكر الباب أو الفصل لكون المذكور ههنا إذ ذاك شعبة من الديات بخلاف العواقل فإنها أمر مغاير للديات ذاتا وحكما فكانت محلا لذكر الكتاب فكان ذلك مقتضيا أن يذكر المعاقل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه نعم الوجه السديد ههنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين أحكام القتل الخطأ وتوابعه شرع في بيان من يجب عليه الدية إذ لا بد من معرفتها **قوله** والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال جمهور الشراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره أقول فيه خلل إذ لو كان الأمر كما قالوه لكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما تاما مستقلا وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطأ كلاما تاما مستقلا أيضا فيلزم أن يكون قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطأ خبره فيصير المعنى والدية كائنة أو واجبة في شبه العمد والخطأ وهذا مع استلزامه أن يكون قوله والدية في شبه العمد والخطأ مستدركا لا طائل تحته ههنا إذ كون الدية واجبة في شبه العمد والخطأ قد ذكر مفصلا في كتاب الجنايات وكتاب الديات وليس له تعلق بكتاب المعاقل يفوت به المعنى المقصود ههنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطأ على العاقلة إذ بهذه الحيثية تصير هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقل والحق الصريح عندي أن قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطأ صفته أي الدية الكائنة أو الواجبة في شبه العمد والخطأ وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطأ وقوله على العاقلة خبر المبتدأ وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونها على العاقلة منسحبا على المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم المحذور أصلا ويحصل المعنى المقصود بلا ريب **قوله** ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة أقول في تمام هذا التعليل كلام لأنه يجوز أن يكون العطاء الخارج في سنة واحدة أو في سنتين وافيا بتمام الدية لكثرة آحاد العاقلة فيمكن أخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة أو سنتين فلا يفيد هذا التعليل المذكور المدعى وهو التقدير بثلاث سنين والعقل يجوز أن لا يكون العطايا الخارجة في ثلاث سنين وافية بتمام الدية لقلة آحاد العاقلة فلا بد أن تؤخذ إذ ذاك من العطايا الخارجة في أكثر من ثلاث سنين فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من هذه الحيثية أيضا كما ترى نعم يفيد التأجيل مطلقا لكن المدعى ههنا هو التأجيل بثلاث سنين لا التأجيل مطلقا **قوله** فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود أقول فيه بحث وهو أن القياس كان يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما إلا أن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به والشرع إنما ورد بإيجابه مؤجلا بثلاث سنين فإنه هو المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكي عن عمر رضي الله عنه كما مر آنفا فينبغي أن يختص التأجيل بما ورد به وسيجيء نظير هذا في الكتاب في تعليل أن ما وجب على القاتل في ماله كما إذا قتل الأب ابنه عمدا يجب عندنا مؤجلا بثلاث سنين فتأمل بل يمكن دفعه **قوله** ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة قال صاحب معراج الدراية وفي بعض النسخ ولو خرج للقابل أي للعام القابل وهو الأصح انتهى وتبعه الشارح العيني أقول كيف يكون ذاك هو الأصح وحينئذ يلزم أن يكون قول المصنف رحمه الله معناه في المستقبل لغوا محضا لأن ما يخرج في العام القابل أي المقبل لا يكون إلا في المستقبل قطعا فما معنى تفسير المراد بقوله معناه في المستقبل اللهم إلا أن يفرق بين ما يخرج في العام القابل

يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة وان كان الواجب بالقتل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس

وبين خروج العام القابل ويعني امكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بان خرج العطاء في الماضي للعام القابل اي لاجل العام القابل بطريق تعجيل عطاء عطية العام الآتي ايضا لمصلحة لكنه تعسف لا يخفى ثم في السنة الاولى ايضا كلام وهو انه قال في جواب هذه المسئلة يؤخذ منها كل الدية ولا شك ان كل الدية تؤخذ من العطايا التي خرجت للعاقلة جميعا مما خرجت للقاتل فقط الا انه يمكن ان يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل اي لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة فحينئذ ينتظم جواب المسئلة كما لا يخفى **قوله** يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا قال الشارح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اقول اراد به خروجا منا عن سنن الصواب اذ الظاهر ان قوله لما ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية فحينئذ لا مجال لكون قوله المذكور اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اذ لا تاثير لكون الوجوب بالقضاء في ان يؤخذ كل الدية من العطايا الخارجة في سنة واحدة في مسئلتنا هذه بل انما يكون قوله المذكور حينئذ اشارة الى قوله لحصول المقصود فانه يصلح ان يكون دليلا عليه اذ ذاك كما لا يخفى على ذي مسكة نعم لو جعل قوله المذكور دليلا على قوله معناه في المستقبل يصح جعل ذلك اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلا على ما وقع ذكره من المصنف استطرادا او بالتبع وهو قوله معناه في المستقبل وترك ما هو اصل المسئلة ومقصود بالذات ههنا خاليا عن الدليل بالكلية مما لا يقبله الفطرة السليمة على ان لو كان مراد المصنف ذلك لما أخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسئلة بل كان عليه ان يذكره متصلا بقوله معناه في المستقبل **قوله** وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين اقول هذا التحرير مختل اذ الظاهر ان خبرا في قوله وما وجب على العاقلة انما هو قوله فهو في ماله اذ لو كان خبره في ثلث سنين لم يكن للفاء في قوله فهو في ماله معنى بل لم يظهر للضمير هو في قوله فهو في ماله ارتباط بما قبله نحوا كما لا يستره عند من له دربة باساليب الكلام والقواعد الادبية فان كان خبرا لما قبله فهو في ماله لم يصح معنى الكلام في التمام فان ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بلا ريب فالحق في تحريره تمام ان يقال وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل في ماله بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ثلث سنين **قوله** ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه قال صاحب العناية في شرح قوله ان القياس يأباه اي القياس يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض انتهى اقول ليس هذا الشرح صحيحا والا فانه لو كان معنى قول المصنف رح ان القياس يأباه هو انه لا يقتضيه لما ثبت دليلنا المذكور ههنا مدعانا فان ايجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفا للقياس لان عدم اقتضاء القياس اياه ليس باقتضائه عدمه والمخالفة انما تتحقق في الثاني دون الاول فاذا لم يكن ذلك مخالفا للقياس لم يلزم من ورود الشرع بايجاب المال في الخطاء مؤجلا ان يتعدى غيره لان الذي لا يتعدى مورده انما هو ما يخالف القياس كما تقرر في علم الاصول واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله وهي اي حجج الشرع لا تتناقض انه لا يتحقق التناقض فيما بينها في نفس الامر فمسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بايجاب المال فلا محذور باقتضائه عدم ايجاب المال بمقابلة النفس وان اراد به ان حجج الشرع لا تتناقض مطلقا اي سواء كانت معمولا بها او لا فممنوع كيف وقد وضعوا في كتب الاصول بابا للمعارضة بين الادلة الشرعية والترجيح وبنوا الاحكام في ذلك على التفصيل والعجب من الشارح المزبور انه رفض ههنا عدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة اصلا ثم قال ذلك الشارح فان قيل انه ليس في معنى الخطاء فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء اقول ان قيد الابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء ينافي ما تقرر في اول كتاب المعاقل فانه لما قال في الكتاب هناك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره في شرح قوله وجبت بنفس القتل يعني ابتداء وقالوا احترز به عن دية تجب بسبب الصلح او الابوة في القتل العمد فانها في مال القاتل لا على العاقلة انتهى ووجه المنافاة غير خاف على ذي **قوله** ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اقول قدم في كتاب الجنايات انه اذا قتل جماعة واحدا عمدا

وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور قال ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل قال وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري رحمه الله في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رح على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح قال وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الآباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رح يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انه لا تؤخذ من اصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف

ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكما خرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم

جميعهم وقال الوافي بيانه وجهه ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال لان القتل لا يتجزى فجاز التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الحيثية فوجب القصاص على جميعهم فلقائل ان يقول ههنا فلم لا تجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحدا خطأ دية كاملة باعتبار ان كل واحد من العشرة القاتلين واحدا خطأ دية كاملة لان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كما في العمد بناء على ان القتل لا يتجزى وقد صرح في كتاب الديات انه قد روي ان عمر رضي الله تعالى عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فليتأمل في الفرق **قوله** وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته قال الشارح في بيانه لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا انه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخاطئ تحول الحق بقضائه الى المال انتهى اقول فيه نظر لانه ان ارادوا ان ضمان المتلفات مطلقا حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ انما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع كيف وقد قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الاية وهو نص صريح في كون جزاء القتل خطأ تحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله لا قتل القاتل بمقابلة ذلك نعم ان قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم كان يقتضي باطلاقه ان يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل خطأ ايضا بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ مخصوصا منه بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ولما خص به من ذلك كان وجوب الدية في القتل خطأ منصوصا عليه من قبل رب العزة ثابتا قبل القضاء بل قبل ان يخلق القاضي وان ارادوا ان ضمان المتلفات ما عدا النفس انما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه كما لا يخفى **قوله** وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون اقول فيه كلام وهو ان عدم كثرة الآباء مسلم واما عدم كثرة الابناء بالكثرة الآخرة فممنوع كيف واخوته ابناء ابيه فاذا جاز ان يكثر ابناء ابيه فلم لا يجوز ان يكثر ابناء نفسه فتأمل **قوله** وان كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال قال تاج الشريعة الفرق بين الرزق والعطاء ان الرزق ما يفرض للانسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر او كل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى اقول تفسيره العطاء بما ذكره لا يلائم مسئلة مرت فيما قبيل وهي قوله تخرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية فان المفهوم منها جواز ان يفرض لرجل عطاء في كل ثلث من السنة فتخرج له في سنة واحدة ثلث عطايا والظاهر من تفسير المزبور ان يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة نعم يلائم قول المصنف رح قبيل تلك المسئلة والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فالذي يمكن في التوفيق ان يحمل قول المصنف رح والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة وكذا التفسير الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الاكثر الاغلب وقوعا ومثل هذا ليس بعزيز في المتعارف وقال صاحب الغاية الفرق بين الرزق والعطية ان الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة ثم قال قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان محمدا قال اذا كان لهم ارزاق واعطيات فرضت الدية في اعطياتهم دون ارزاقهم فعلم بذلك ان الرزق يفرض للمقاتلة ايضا انتهى اقول ان صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضعين من المغرب احدهما موضع بيان الرزق والثاني موضع بيان العطاء وقال في الاول الرزق ما يخرج للجندي عند رأس كل شهر وقيل يوما بيوم ثم قال وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء وقال في الثاني العطاء اسم ما يعطى والجمع عطية والعطيات وقوله لا يجوز بيع العطاء هو الرزق فرق ما بينهما ان العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة

قال ويدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء منه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهن ولا يعقل اهل مصر عن مصر آخر يريد به انه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب عليهم بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقلون عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر

او مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ثم قال وفي شرح القدوري في العاقلة الدية في عطياتهم لثلث سنين فان لم يكونوا اهل عطاء وكانت لهم ارزاق جعلت الدية في ارزاقهم وقال الفرق بينهما ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة انتهى فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضع الاول قط وكذا لا يرد على ما ذكره في الموضع الثاني اولا بقوله فرق ما بينهما ان العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة او مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر انما يرد على ما نقله عن شرح القدوري بقوله وقال الفرق بينهما ان العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وهو ليس بمرضي عند صاحب المغرب فنسبة ذلك القول الى صاحب المغرب نفسه وايراد النظر عليه ليس ينبغي والعجب ههنا من صاحب العناية انه خص بالذكر من بين ما ذكره في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيئا يدفعه مع ظهور ان المسألة الآتية في الكتاب بقوله وان كانت لهم ارزاق في كل شهر والعطية في كل سنة فرضت الدية في العطية دون الارزاق يأبى ذلك القول جدا **قوله** ويدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم قال صاحب النهاية اعلم ان القاتل انما يكون كاحد العواقل في اداء نصيبه من الدية اذا كان القاتل من اهل العطاء في الديوان واما اذا لم يكن هو من اهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا ايضا لان الدية يؤخذ من الاعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واقتفى اثره في تفسير هذه المسألة بالوجه المذكور اكثر الشراح منهم صاحب العناية اقول هذا مشكل عندي فقد مر في الكتاب ان من لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل ولا شك ان قبيلة من لا يكون من اهل العطاء في الديوان لا يكون ايضا من اهل العطاء في الديوان وقد مر ايضا انه لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لان الدية تؤخذ من الاعطيات في تعليل قوله واما اذا لم يكن من اهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا ايضا يلزم ان لا يجب الدية على العاقلة ايضا فيما اذا لم يكن للقاتل ولا لعاقلته من اهل العطاء لعدم امكان الاخذ من الاعطيات ههنا لا في حق القاتل ولا في حق عاقلته واللازم باطل بالضرورة فان وجوب الدية على العاقلة في القتل خطأ او شبه العمد مجمع عليه فاذا وجب عليهم الدية ثمة ينبغي ان يجب على القاتل ايضا شيء منها وان لم يكن من اهل العطاء والعلة التي ذكرت في الكتاب وهي ان القاتل هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره تقتضيه **قوله** وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما قال صاحب النهاية ان قوله ههنا لا يجب على المرأة شيء من الدية وان كانت هي القاتلة تخالف المسألة التي ذكرها قبيل كتاب المعاقل فيما اذا وجد القتيل في دار امرأة حيث ذكر هناك ان المتأخرين من اصحابنا قالوا ان المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك وفيه تأمل لان تلك مسألة فيما اذا كانت المرأة قاتلة حقيقة وانما جعلت قاتلة بسبب وجوب القسامة لا بالقتل اذ لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة فلان لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديرا اولى الا انا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال او بالدخول مع العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية انتهى اقول فيه نظر لان ما يستلزم القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا اما بالاستقلال او بالدخول في العاقلة

والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يتعاقلون بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف لانقطاع التناصر

ممنوع فانه اذا وجد القتيل في قرية امرأة فعند ابي حنيفة رح ومحمد رح يجب عليها القسامة ولا يجب عليها شئ من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد رحمه الله كما ذكر في غاية البيان والكفاية وغيرهما والمتأخرون وان قالوا ان المرأة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسئلة الا ان تعليلهم اياه بقولهم لانا انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة كما مر في الكتاب قبيل كتاب المعاقل يأبى الفرق بين القاتلة حقيقة والقدرية قاتلة بل يقتضي قياس المنزلة قاتلة على القاتلة حقيقة والا لم يتم تعليلهم المذكور لا على قاعدة الشفعوية ولا على قاعدة غيرهم لم يظهر بالتأمل الصادق فالحق في التوفيق بين المسئلتين المذكورتين في المقامين ما ذكره سائر الشراح فانه قال في الكفاية هذا يخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار المتأخرين ان المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة الا ان ذلك ليس باصل الرواية وانما هو اختيار بعض المتأخرين وما ذكر ههنا هو اختيار الطحاوي وهو الاصح وهو اصل رواية محمد رحمه الله انتهى وقال في معراج الدراية هذه المسئلة مخالفة لما مر قبيل كتاب المعاقل انه لو وجد قتيل في دار امرأة في قرية لها وهي ليست بقرية لها تشارك العاقلة عند المتأخرين الا انه يمكن ان يكون هذا على رواية المتقدمين ان المرأة لا تدخل في العواقل في صورة من الصور انتهى وقال في غاية البيان فان قلت قد مر قبيل كتاب المعاقل ان القتيل اذا وجد في قرية امرأة تجب القسامة عليها والدية عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ومذهب المتأخرين الى انها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم هنا قلت ثمه ايضا لا تشاركهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد رح وانما استحسن المتأخرون في تلك المسئلة خاصة انتهى ثم قال صاحب العناية فان قلت هذا الجواب يبتني على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي الى ان قال ولا امرأة ولا عبد وقال ههنا لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة رح ومحمد رح القسامة عليها يكرر الايمان وذلك تناقض قلت الجواب ان ذلك مذكور في سياق قوله وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت الايمان فمعناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبي والمرأة والعبد لانهم ليسوا من اهل النصرة واليمين على اهلها واما ههنا فالقتيل وجد في قريتها فتجب عليها لنفي التهمة بالقتل فانها تتحقق منها وتبين من هذا ان القسامة اذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة فمن كان اهلا لها يدخل ومن لا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل فمن كان من اهلها وجب عليه ومن لا فلا فيدخل المرأة الى هنا كلامه اقول فيه ايضا نظر اما اولا فلان كون ذلك مذكورا في سياق قوله وان لم يكمل اهل المحلة خمسين كررت الايمان ممنوع بل ذلك مسئلة مبتداة مقصودة بالبيان على الاستقلال اذ لو كان معناه لا يكمل اهل المحلة خمسين من الصبي والمجنون والمرأة والعبد لانتفى صلاحيتهم للقسامة مطلقا اي سواء كانوا منضمين الى الغير لتكميل الخمسين او كانوا منفردين وحدهم لزم ان يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في امر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين الى الغير متروكا بالكلية في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتبرة اذ الفرض ان عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام الى الغير لتكميل الخمسين لا يستلزم عدم الصلاحية للقسامة حال الانفراد اذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المرأة كما ترى واما ثانيا فلان ما ذكره من ان القسامة اذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة واذا وجبت على الواحد تعلل بتهمة القتل من عند ياته لا يساعده العقل ولا النقل اما عدم مساعدة العقل فلان كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحدة من صورتي وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد فتعليل احديهما بالاولى والاخرى بالثاني دون العكس او الجمع تحكم بحت واما عدم مساعدة النقل فلانهم كانوا يعللون وجوب القسامة والدية مطلقا بكل واحد من العلتين المذكورتين كما لا يخفى على من راجع المعتبرات وقد مر الاشارة الى ذلك في مواضع من نفس الكتاب عند ذكر **قوله** والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سبق في اول باب جناية المملوك ان اهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه ان ذلك مبني على الغالب انتهى اقول لا يلائم هذا الجواب قول المصنف رح هناك فلا عاقلة لهم لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم وان النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف فالاولى في الجواب ان يقال المراد هناك نفي الوقوع اي لم يقع التعاقل فيما بينهم والمراد

ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر رحمه الله يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا تحول بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضى بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها في اموالهم وعطاياهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد مر في الولاء قال ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا

ههنا بيان الجواز اي لو وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يقصر اختلاف مللهم نصرة **قوله** ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي على عاقلته من اهل البصرة اقول لقائل ان يقول قد مر في اوائل كتاب المعاقل ان العاقلة انما خصوا بالضم الى القاتل في اداء الدية لان القاتل انما قصر لقوة فيه وتلك القوة بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به ولا ريب ان مقتضى ذلك ان يكون القضاء بالدية في هذه المسئلة على عاقلة القاتل من اهل الكوفة كما ذهب اليه زفر لان الجناية انما صدرت عنه حال كون عاقلته اهل الكوفة فالقوة فيه وقت صدورها عنه انما كانت بانصاره الذين هم اهل الكوفة فالتقصير في مراقبته وحفظه انما وقع منهم فلا شك ان عهدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على اهل البصرة فكان ينبغي ان يقضي بالدية عليهم لا على اهل البصرة ويمكن الجواب عنه بان ما ذكر هناك حكمة ان خصت العاقلة بالضم الى القاتل في تحمل الدية لا علة وقد تقرر عندهم ان الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد كما في الاستبراء في البكر فلا يقدح عدم تمشيتها ما ذكر هناك في مسئلتنا هذه فان ملاك الامر في تمام جواب المسئلة هو الدليل وقد ذكره المصنف بقوله ولنا ان المال انما يجب عند القضاء الى آخره ولا محالة انه يقتضي القضاء بالدية على اهل البصرة لا على اهل الكوفة لان وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله كان ديوان القاتل متحولا الى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال ان يقضي بالدية على اهل البصرة فانهم لم يكونوا عاقلة القاتل وقت القضاء ولم يجب الدية عليهم حال كونهم عاقلته لعدم سبق وجوبها القضاء فلا بد ان يقضي بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقا للتخفيف عن القاتل المعذور كما تقرر فيما مر **قوله** بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء عليهم بحيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب الى آخره قالت جماعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا كان القاضي قضى بدية على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء والى اقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم وكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله انتهى اقول نقل منهم المقالة مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل مع كونها مستدركة في بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من احد الى احد قط بل انما فيه تكثير المتحملين لما قضي به عليهم ولا شك ان التكثير لغاير النقل بل ينافيه وعن هذا قال المصنف في الفرق بين الصورتين ان في النقل ابطال حكم الاول وفي الضم تقرير حكم الاول لا ابطاله ولو كانت تلك المقدمة الكاذبة معتبرة في معنى المقام لقال المصنف في الفرق بين الصورتين المذكورتين ان امر النقل في صورة القلة كذا وفي صورة التحول بعد القضاء كذا تامل تقف **قوله** ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف عشر الدية فصاعدا قال في النهاية والدليل على انها لا تتحمل ما دون نصف عشر الدية ان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر ارشه فصار كضمان الاموال كذا في شرح الاقطع انتهى وتبعه صاحب العناية اقول يرد عليه ان لكل مفصل من اصبع فيها ثلثة مفاصل ثلث عشر الدية كما مر في كتاب الديات حيث قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية ثم قال وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع فكان لكل مفصل من اصبع فيها ثلثة مفاصل ارش مقدر هو اقل من نصف عشر الدية ويجب القصاص في عمده لا محالة لامكان رعاية المماثلة التي هي مبنى القصاص كما تقرر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنايات فانتقض كل واحد من قوله ان القصاص لا يجب في عمده وقوله ولا يتقدر ارشه كما ترى نعم قد تدارك صاحب العناية اصلاح المقدمة الثانية اعني قوله ولا يتقدر ارشه حيث قال يدل عليه من جهة النظر ان ما دون الموضحة ليس له ارش مقدر

والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولأن التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي رح او التسوية في ان لا يجب على العاقلة شيء الا انا تركناه بما روينا وبما روي انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال وان جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف

ضمان الاموال ثم قال فان قيل ارش الانملة مقدر وهو ثلث دية الاصبع فينبغي ان لا تحمله العاقلة قيل له يعلم ارشها مقدرا بنفسه بل هو مقدر بغيره وهو الاصبع ونحن انما شبهنا ما دون الموضحة بالاموال من حيث انه لم يكن له ارش مقدر بنفسه انتهى لكن بقيت المقدمة الاولى وهي قوله لان القصاص لا يجب في عمد مجروحة تدبر **قوله** والاصل فيه قول ابن عباس رض موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة قال ابو عبيد اختلفوا في تاويل قوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده انما جنايته في رقبته ان يدفعه الى المجني عليه او يفديه ثم قال وهذا قول ابي حنيفة رح وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون العبد يجني عليه يقتله حر او يجرحه بقوله فليس على عاقلة الجاني شيء انما ثمنه في ماله خاصة قال ابو عبيد فذاكرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن ابي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول ابي حنيفة رح جائزا يذهب الى انه لو كان المعنى على ما قاله لكان الكلام لا يعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا يعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت القتيل اذا اعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت ابا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته واجيب بان عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله لا يعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف كذا في العناية اقول الجواب محل الكلام اذ للخصم ان يمنع كون معناه ما ذكر ويقول بل معناه لا يعقل العاقلة من قتل عمدا بصيغة المجهول ومن صولح عن ذمته ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول ايضا فيحمل المعنى في الكل الى معنى عقلت القتيل لا الى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب الزاما **قوله** لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى قال صاحب العناية يريد ان الثابت بالبينة اقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا اولى انتهى اورد عليه بعض الفضلاء حيث قال ليس كلام المصنف ره في الدية بل في التاجيل كما لا يخفى وقال لعل الاولى ان يقال اذا ثبت القتل الخطاء بالبينة يلزم الدية العاقلة ومع هذا يوجل الى ثلث سنين تحقيقا للتخفيف ففي الثابت بالاقرار اولى ان يوجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتامل انتهى اقول ليس ما قاله بسديد اذ ليس كلام المصنف ههنا اصالة في الدية ولا في التاجيل نفسه لان وجوب الدية بطريق التاجيل في القتل الخطاء قد علم في كتاب الجنايات وفي كتاب الديات وفي ما مر غير مرة في كتاب المعاقل وانما الكلام ههنا اصالة في كون التاجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار ولهذا قصر المص البيان عليه في تعليل هذه المسئلة وما ذكره ذلك البعض بقوله لعل الاولى ان يقال الى آخره انما يفيد كون الدية موجلة الى ثلث سنين في هذه المسئلة لا كون التاجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الاقرار والمقصود بالبيان ههنا هو الثاني دون الاول واما ما ذكره صاحب العناية فيفيد الثاني لانه قال وفي القتل معاينة انما تجب الدية بقضاء القاضي فهذا اولى وبهذا يثبت كون التاجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار لان وجوب الدية اذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضي وتاجيل الدية فرع وجوبها لا محالة انما يتصور التاجيل من وقت القضاء لا قبله وعن هذا قال في المبسوط كما نقل عنه في النهاية والتاجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الاقرار لان الثابت بالاقرار بالقتل لا يكون اقوى من الثابت بالمعاينة وفي القتل المعاين الدية انما تجب بقضاء القاضي فهنا اولى انتهى **قوله** وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف اقول فيه كلام وهو انه ان كان مراد المص رح بقوله على ما عرف ما ذكره في باب القصاص فيما دون النفس في تعليل انه لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين عندنا بقوله ولنا ان

وكذا في احد قوليه تتحمله العاقلة كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك وهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رح رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف وبالاتلاف منه والا ان العاقلة تتحملها تخفيفا للتخفيف على ما مر واذا لم يكن له عاقلة عادما لحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب متى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب في آخر جزء من اجزاء حيوته فيتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر او على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله عنه هذا عدة مسائل ذكرها محمد رح متفرقة والاصل الذي تخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب امر حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى قضى بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة تحولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال الجاني لكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد والله اعلم بالصواب

كتاب الوصايا

الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة لما صرح به صاحب العناية حيث قال هناك ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا لا يجري القصاص في العمد بين طرفي الحر والعبد فلا تتحمله العاقلة كطرف البهيمة وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس وهذا معنى قوله على ما عرف انتهى فينتقض حينئذ ما ذكره في تعليل مسئلتنا هذه بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحر الى ما دون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور ههنا يجري هناك ايضا مع تخلف الحكم ايضا وان كان مراده بما ذكره في فصل بعد باب جناية المملوك من ان المعتبر فيما دون النفس من العبد هي المالية دون الآدمية بخلاف النفس من العبد فان المعتبر في اتلافها هي الآدمية دون المالية عندنا جاز ان لا ينتقض ما ذكره ههنا بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحر الى ما دون نصف عشر الدية اذ لم يصرح احد بسقوط اعتبار الآدمية في اطراف الحر بالكلية الا انه لا يتم الدليل المذكور ههنا حينئذ على اصل ابي حنيفة رح فانه يعتبر المالية والآدمية معا في اطراف العبد وانما يتم هذا على اصل ابي يوسف رح ومحمد رح فانهما لا يعتبران الآدمية فيها بالكلية وقد مر ذلك كله في الفصل المزبور في بيان المسئلة تماما عينيها هذا ان والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها بين ائمتنا فلا معنى لان يبتني دليلها على اصل بعض منهم دون بعض وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاضطراب كما ترى **قوله** وفي احد قوليه تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال صاحب الغاية اي في اول فصل باب جناية المملوك واقتفى اثره في هذا التفسير صاحب العناية والشارح العيني ولم يتعرض لتفسير ذلك احد من سائر الشراح اقول لو كان مراد المصنف بقوله وقد مر من قبل ما فسر به هؤلاء الشراح الثلاثة لكانت حوالته ههنا غير رائحة قطعا اذ لم يذكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس ولا تحملها دية النفس لا عند الشافعي رح ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل بر متنها

كتاب الوصايا

قال الشراح ايراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر احوال الآدمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت اقول يرد عليه ان كتاب الوصايا ليس بمورد في آخر هذا الكتاب وانما المورد في آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم ان كثيرا من اصحاب التصانيف اوردوه في آخر كتبهم لكن الكلام في شرح هذا الكتاب ويمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الاضافي فان آخره الحقيقي وان كان كتاب الخنثى الا ان كتاب الوصايا ايضا آخره بالاضافة الى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي وعن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا في اوائل كذا او اواخره فان صيغة الجمع لا تمشي في الاول الحقيقي والآخر الحقيقي وانما المخلص في ذلك تعميم الاول والآخر الحقيقي والاضافي ويمكن ان يقال ايضا لما كان ما ذكر في كتاب الخنثى نادرا من حيث الوقوع ومن حيث المسائل ايضا جعلوه في حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب ثم ان الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الاعيان او في المنافع كذا في عامة الشروح قال بعض المتاخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء في اللغة طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حيوته او بعد وفاته وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان او منفعة هذا هو التعريف المذكور في تمام

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

والوصية بهذا المعنى هي المحكوم عليها بانها مستحبة غير واجبة وان القياس يابى جوازها فعلى هذا يكون لبعض المسائل مثل مسئلة الوصية بحقوق الله و حقوق العباد والمسائل المتعلقة بالوصي مذكورة في كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق ان هذه الالفاظ كما انها موضوعة في الشرع للمعنى المذكور موضوعة فيه ايضا لطلب شئ من غيره ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده لكن يشترط استعمال لفظ الايصاء باللام في المعنى الاول وبالى في المعنى الثاني فحينئذ يكون ذكر تلك المسائل المذكورة على انها من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل الى هنا لفظه اقول ما ذكره تحقيقا ليس بشئ اما اولا فلان التي يكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة انما هي المسائل المتعلقة بالوصي دون مسائل الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فان استعمال لفظ الايصاء فيها باللام لا بالى يقال اوصى بحقوق الله تعالى او بحقوق العباد ولا يقال اوصى اليها كما لا يخفى فبقي امر التطفل في حق تلك المسائل من المسائل التي ذكرها من قبل اذ لم يشملها شئ من المعنيين المذكورين قط واما ثانيا فلان مسائل التبرعات الواقعة من الانسان في مرض موته بطريق التنجيز مذكورة ايضا في كتاب الوصايا ومنها باب العتق في المرض كما سيجيء في الكتاب ولا ريب في عدم شمول شئ من المعنيين المذكورين لشئ من تلك المسائل فبقي امر التطفل في حق تلك المسائل كلها بالنظر الى ذينك المعنيين معا فمن اين كان ارتكاب جمعهما في لفظ واحد بتاويل بعيد مع عدم عموم المشترك عندنا تحقيقا بان يعد تحقيقا كما زعمه ذلك القائل ثم اقول الوجه في التفصي عن امر التطفل في حق المسائل التي ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شرعا على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما اوجبه الموصي في ماله بعد موته وتقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال هي ايجاب بعد الموت فانهما يشملان تلك المسائل جملة كما لا يخفى على المتامل والوجه في التفصي عن امر التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلقات و المنجزات حمل معنى الوصية شرعية على ما نقله صاحب النهاية عن الايضاح حيث قال ذكر في الايضاح الوصية ما اوجبها الموصي في ماله بعد موته او مرضه الذي مات فيه انتهى فانه يشمل كله جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي مسكة ثم ان سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات العالية في العقبى وشرائطها كون الموصي اهلا للتبرع وان لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يكن مولودا حتى اذا اوصى للجنين اذا كان موجودا حيا عند الوصية يصح والا فلا وانما يعرف حيوته في ذلك الوقت بان ولدت قبل ستة اشهر حيا وكونه اجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا يجوز الا باجازة الورثة وان لا يكون قاتلا وكون الموصى به شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حيوة الموصي سواء كان موجودا في الحال او معدوما وان يكون بمقدار الثلث حتى انها لا تصح فيما زاد على الثلث كذا في النهاية وفي العناية ايضا بطريق الاجمال اقول فيه قصور بل خلل اما اولا فلانه جعل من شرائطها ان لا يكون الموصي مديونا بدون التقييد بان يكون الدين مستغرقا للتركة و الشرط عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره واما ثانيا فلانه جعل من شرائطها كون الموصى له حيا وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا فيه الا ترى انهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة اشهر حيا وتلك انما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لا على حيوته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف باحوال الجنين في الرحم وبالجملة يحصل من هذا انه كان له ان يذكر في مقامه المعتبرات عند بيان هذا الشرط ان يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحيوة اصلا واما ثالثا فلانه جعل من شرائطها ان يكون الموصى به بمقدار الثلث لا زائدا عليه وليس بسديد على اطلاقه فان الموصي اذا ترك ورثة فانما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث ان لم يجزه الورثة وان اجازوه صحت وصيته سواء اذا لم يترك وارثا فيصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرر في موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بان يكون له وارث واخرى بان لا يجيزه الوارث

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه قال بعض المتاخرين في حل هذا التركيب اي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه

وما لا يستحب وقال ثم الظاهر انه اراد بالصفة بيان المراد ببيان صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه لكن الظاهر كما صرحوا بان المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فالاولى ايراده بالواو العاطفة انتهى اقول فيه خلل فاحش اما اولا فلانه سلك مسلك التقدير في قول المصنف رحمه الله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال اي ما يجوز منه وما لا يجوز و ما يستحب منه وما لا يستحب ولا يذهب عليك ان ذلك التقدير ان صح في قوله ما يجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه اذ ليس في جنس الوصية ما يخلو عن الجواز وعدمه لكونهما نقيضين لا يرتفعان عن شيء فلم يبق من جنس الوصية شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز حتى يصلح ذلك لان يذكر بعدهما فان قيد كل منهما بشيء يخرج ما يستحب منه لا يبقى في ذلك شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه حتى يندرج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره لا يقال المراد بالجواز تساوي الطرفين وبعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل اصلا لا عدم التساوي حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما فيجوز ان يكون المراد بما لا يستحب منه ما هو الواجب منه لانا نقول نفي الاستحباب يعم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل اصلا فمن اين يميز ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز ان يراد به ذلك ولئن سلم جواز ارادة ذلك بتقييد معنى المقام اذ يلزم حينئذ ان يدرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فيخالف ما ذكره في اول الباب من ان الوصية غير واجبة وهي مستحبة وبالجملة لم يوجد لما ارتكبه محمل صحيح قطعا فالصواب ان لا تقدير في شيء من كلام المصنف رحمه الله ههنا فان صفات الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب والرجوع عنها اي عن كونها مرجوعا عنها وهذه الصفات كلها حاصلة مما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة الى تقدير شيء اصلا حتى عدم الجواز فانه صفة للوصية الغير الشرعية وعنوان الباب انما كان في صفة الوصية الشرعية نعم قد ذكر في اثناء مسائل الباب مما لا يجوز من الوصايا لكن لاجل ازالة ان يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية لا لانه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل سائر الكتب واما ثانيا فلان قوله لكن الظاهر كما صرحوا به ان المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد اذ لا نسلم ان الظاهر ذلك ولا نسلم ان احدا منهم صرح به وانما الذي صرحوا به ان صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة لا ان مراد المصنف رحمه الله بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذي ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة الا يرى انهم انما ذكروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرائطها وركنها وحكمها وصفتها لا عند شرح قول المصنف رحمه الله باب في صفة الوصية الى آخره وكم بين المقامين واما ثالثا فلان قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة لا يكاد يصح اذ لو اورده المصنف رحمه الله بالواو العاطفة على فرض ان يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه هذا القائل لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية اي ما يستحب منه وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه فيصير قوله وما يستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكرارا محضا فكان هذا القائل نسي قول المصنف رحمه الله وما يستحب منه عند كتبه قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة ولعمري انه عجيب من مثله قوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة اقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقا لا يناسب ما مر آنفا في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك ما يستحب منه ولا ما سيأتي في الكتاب من ان الوصية بالثلث للاجنبي جائزة وبدون الثلث مستحبة ان كانت الورثة اغنياء يستغنون بنصيبهم وان كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية اولى فكان الظاهر ان يقال الوصية غير واجبة بل هي مستحبة او جائزة اللهم الا ان يوجه قوله وهي مستحبة بان المراد به ان غاية امرها الاستحباب دون الوجوب لا انها مستحبة على الاطلاق فكانه قال انها لا تصل الى مرتبة الوجوب بل قصارى امرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية بحقوق الله تعالى كالصلوة والزكوة والصوم والحج التي فرط فيها اذ الظاهر انها واجبة كما صرح به الامام الزيلعي في التبيين قال في الغاية اخذا من النهاية قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل احد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب صرح به ثانيا بقوله قال وهي مستحبة انتهى اقول في قوله

وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قول الله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى

قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض نظرا الى ان الفرض غير الواجب عندنا اذ الفرض ما ثبت بدليل قطعي والواجب ما ثبت بدليل ظني كما تقرر في علم الاصول فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الرد بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول انها فرض في حق الوالدين والاقربين بل الظاهر ان الرد بقوله ذلك انما يتعين بقوله وهي مستحبة ثم ان في اسلوب تحريره مسامحة ظاهرة اذ الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى كتب عليكم الى آخره عن مجموع القولين ان يكون الآية المذكورة دليلا عليهما بل المتبادر ان تكون دليلا على فرضيتها ولا يخفى انها لا تصلح لان يكون دليلا على القول الثاني وصاحب النهاية وان شاركه في تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين الا انه ذكر دليلا آخر بعده من السنة حيث قال وقال عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه ان يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه انتهى فيجاز ان تجعل الدليل الاول دليلا على القول الاول والدليل الثاني دليلا على القول الثاني بطريق التوزيع على اللف والنشر المرتب اما صاحب العناية فقد قصر الذكر على دليل واحد فقصر ثم اعلم ان الجواب عن كل واحد من دليلي الخصمين مستقصى ومستوفى في النهاية وغيرها فلا علينا ان نذكره ههنا **قوله** وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين قال صاحب العناية قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس المذكور واقتفى اثره الشارح العيني اقول فيه بحث اذ لا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت فانه قال في وجه ولو اضيف الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء اولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدي نفعا اللهم الا ان يتمحل بان يقال معنى كونه جوابا عن وجه القياس مجرد تضمنه قدحا في مقدمة مذكورة فيه وهي قوله لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكية لا كونه جوابا قاطعا لعرقه والاوجه ان يكون هذا الكلام مجرد تتميم لوجه الاستحسان فانه لما كان في تجويز تمليك مضاف الى حال زوال المالكية نوع استبعاد لكون التمليك فرع بقاء الملك تدارك دفعه بان قال ان المالكية لا تزول عن الانسان بالكلية بعد الموت بل تبقى مالكيته بعده في حق شئ يحتاج اليه كما في قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث **قوله** وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين قال صاحب العناية وقد استدل ابو بكر الرازي على النسخ بقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق فخر الاسلام في اصوله وقد قررناه في التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لترتب هذه الوصية عليها وبين هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل ان الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل لعل اي وصية كانت نصيبها ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى اقول يرد عليه ان هذا لا يدل على ان الوصية الاولى لم تبق لازمة فان المواريث وان لم ترتب في هذه الآية على الوصية الاولى المعهودة لكنها رتبت على وصية مطلقة حيث قيل من بعد وصية يوصى بها فدخلت تلك الوصية الاولى ايضا تحت اطلاق هذه الوصية المنكرة فمن اين يلزم انتفاء وجوب الوصية الاولى حتى يلزم انتساخ الآية الاولى بهذه الآية وفائدة ترتيب المواريث على الوصية المطلقة دون الوصية الاولى المعهودة فقط افادة تأخر المواريث عن الوصية الشرعية ايضا كما هو المذهب في مقدار الثلث ومن هذا اورد القاضي البيضاوي في تفسير الآية الاولى على من قال كان هذا الحكم في بدء الاسلام فنسخ باية المواريث بان قال فيه نظر لان آية المواريث لا تعارضه بل تؤكده من حيث انها تدل على تقديم الوصية مطلقا

قال ولا تجوز بما زاد على الثلث لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث **قال** الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه

ثم ان بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لم ترتب هذه الوصية عليها في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لم ترتب هذه الوصية عليها حيث قال ولعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لترتبه عليها انتهى اقول انما الساهي نفسه لان مراد صاحب العناية بهذه الوصية في قوله لم ترتب هذه الوصية هو الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وانما عبر عن الميراث بالوصية سياقا بكلام الله تعالى فانه تعالى قال في اول آية المواريث يوصيكم الله في اولادكم وقال المفسرون اي يامركم ويعهد اليكم في شأن ميراثهم ثم قال تعالى في آخر تلك الآية وصية من الله فلم يكن في العبارة المذكورة سهو بل كان فيها لطافة وحسن **قوله** ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف قال بعض المتاخرين يعني ان هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وقوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم الى آخره وان دل عليه ايضا لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الاصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدل عليه بهذا دون ذاك انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا يخفى عليك ان قوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم الى آخره لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لا صراحة وهو ظاهر ولا دلالة لان مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف وانما يدل على جواز الوصية بالثلث فجواز الوصية بما زاد على الثلث وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر الى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم الى آخره وان دل عليه ايضا ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الاصل فان بقاء ما فوقه على اصل القياس ليس بمدلول ذلك الحديث واصلا وانما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك الحديث وقال ذلك البعض ولا ان تقول ان يقول نفي جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث ان تعين بالنصف لا يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثلث فالرجوع الى الاصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد ايضا انتهى اقول هذا ايضا ليس بتام لان نفي جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث وان لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث الا ان قوله عليه السلام والثلث كثير بعد اثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير اعط الثلث او اوص الثلث او بالرفع على انه مبتدأ محذوف الخبر اي الثلث كاف او على انه فاعل محذوف الفعل اي يكفيك الثلث يدل على نفي الزيادة على الثلث فان المراد به ان الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه اذ لا فائدة في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة وقد اشار اليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه السلام في حديث سعد نص الثلث والثلث كثير بعد نفي وصيته بالكل والنصف ولم يقل لحديث سعد رضي الله عنه فقول ذلك القائل فالرجوع الى الاصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد ايضا ممنوع **قوله** ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به واوضحه صاحب الكافي بان قال ولانه انعقد سبب زوال املاكه عنه الى غيره لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى اقول في هذا التعليل قصور لانه انما يتمشى فيما اذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما اذا وقعت حال صحته اذ لا ينعقد سبب لزوال اليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به فالاولى في تعليل هذه المسئلة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الوصية وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته في المرض او في الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام الى هنا لفظه تدبر **قوله** الا ان يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث قال بعض المتاخرين في شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث اراد لا يجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط لا انه لا يجوز هذه الوصية اصلا وقال هنا فان قلت كيف جاز اعمال اللفظ الواحد في

لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى

بعض مدلوله دون بعض باي توجيه امكن في ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل ان ردوا قلت يجعله في حكم وصايا متعددة بان يجعل مثلا قوله متعددا اوصيت لفلان بثلثي مالي في قوة اوصيت له بثلثه وثلثه الآخر ويجعل قوله اوصيت له بعشرة آلاف درهم وقد كان ماله ثمانية آلاف بمنزلة ان يقال اوصيت له بثمانية آلاف وبألفين الى غير ذلك صيانة لكلام عاقل عن اللغو بقدر ما امكن وحذرا عن البطلان حتى يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل بلفظ يجوز تصحيحه بضرب من التاويل فتدبر فان هذا مما يهم فهمه انتهى اقول حسب انه اتى بما يهم يتوقف عليه صحة معنى المقام ولم يدر انه انما ارتكب شططا فان صحة بعض اجزاء شيء واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه الا يرى انهم صرحوا بانه اذا جمع بين عبد ومدبر في بيع بصفقة واحدة او جمع بين عبد ومكاتب او ام ولد فيه صح البيع في العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم اليه من المدبر او المكاتب او ام الولد بناء على ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى الآخر وكذا الحال فيما اذا جمع بين الاجنبية واخته في النكاح والمجموع بحسب العقل انما يلزم ان لو كان محل الصحة والفساد واحدا واما اذا كان متعددا بان كان محل الصحة بعضا من شيء ذي اجزاء ومحل الفساد بعضا آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلا اصلا فلا وجه لجعل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا امر داع اليه وصيانة كلام العاقل عن اللغو مهما امكن والحذر عن البطلان حتى يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا يدعو اليه اصلا فيما نحن فيه لان الغاء الوصية فيما فضل عن الثلث اذا رده الورثة واثباتها في مقدار الثلث ضروري على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة او ابقيت على حالها الظاهر من كلامه وبالجملة ما ذهب اليه ذلك البعض ههنا امر وهمي لا اصل له كما ترى **قوله** لان الساقط متلاش قال الشراح قاطبة قول المصنف هذا تعليل لقوله فكان لهم ان يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم ان يردوا بعد الموت ما اجازوه في حال حيوة المورث انتهى اقول فيه اشكال اما اولا فلانه لا وجه لان يقال ان اجازتهم في حال حيوة المورث ساقطة لان اجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة اصلا كما صرح به فيما قبل وبينه والسقوط انما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الاصل لكن نزال ذلك لداع الا يرى انه لا يقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق حقه اصلا واما ثانيا فلانه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدير كون قوله المذكور تعليلا لما ذكره بمسئلة اخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه ولا يخفى ركاكته وبعده عن شان المصنف ره والحق عندي ان قول المصنف ره هذا تعليل لقوله قبيله فليس لهم ان يرجعوا عنه يعني ان اجازتهم بعد الموت اسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لا يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه فحينئذ ينتظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى **قوله** غاية الامر انه يستند عند الاجازة وفي بعض النسخ عند الاستغناء لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير وهي ان حق الورثة وان ثبت عند الموت الا انه يستند الى اول المرض فبالموت يظهر ان حقهم كان ثابتا قبل الموت فينبغي ان يصير اجازتهم في حال حيوة المورث بمنزلة اجازتهم بعد الموت بسبب الاسناد فاجاب بان الاسناد انما يظهر في حق القائم كما في العقود الموقوفة اذ الحق الاجازة فانها تصح اذا كان المعقود عليه قائما وكثبوت الملك في المغصوب عند اداء الضمان وهذا اي ما نحن فيه من الاجازة في حال حيوة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغوا وقت فلم يكن قائما فلا يظهر في حقه الاستناد هذا خلاصة ما في عامة الشروح والى هذا التقرير اشار فخر الاسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب ههنا فان قيل لا نسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة يثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر انها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني ان حقهم وان استند الى اول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة اذ الحق الاجازة وكثبوت الملك في الغصب عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيها مستندا الى اول العقد والغصب فيهما يعني ما نحن فيه من الاجازة

ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا يبطل الحق ولا يكون رضا يبطل الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازت البقية فحكمه ما ذكرناه

قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم يصادف محله فلم يصححها الاستناد انتهى اقول فيه خلل فانه قال في اول تقرير السؤال لا نسلم عدم مصادفة المحل وهو استند الى منع ذلك بقوله فان حق الورثة ثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين وقال في آخر تقرير الجواب تعليلا القول المصنف وهذا قد مضى وتلاشى اذ لم يصادف محله وعدم مصادفة المحل هو الذي قد كان منع في اول السؤال فختم الجواب به مصادرة كما لا يخفى **قوله** ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق قال بعض الفضلاء ظاهره مخالف لما سبق انفا من قوله ان الحق يثبت عند الموت الا ان المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى اقول منشأ توهم المخالفة الغفول عن قيد المجرد في قول المصنف ره وقبله يثبت مجرد الحق فان المراد به الحق الذي لا يجامع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقرر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بقوله ولانه حق الورثة الى آخره والمراد بالحق في قوله فيما سبق انفا ان الحق يثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة اصلا وانما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت لكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي تثبت عند الموت فلا حاجة الى ان يحمل على ذلك قول المصنف ره وقبله يثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى ربط ما بعده به كما يظهر بالتأمل الصادق **قوله** فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله يعني فلو استند ملك الورثة الى اول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لتوهم من يقول حق الورثة يتعلق بمال المورث من اول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة ايضا ووجه الدفع انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في ذلك ايضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى اقول لمانع ان يمنع استلزام ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة ايضا انقلاب الحق حقيقة اصلا فضلا عن استلزامه انقلابه اياها من كل وجه لجواز ان يظهر مجرد تعلق حقهم بمال المورث من اول المرض في كلا الامرين معا بدون ان ينقلب الحق حقيقة اصلا اذ لا ريب ان لزوم ذلك الانقلاب ليس ببديهي ولم يقم عليه برهان ولهذا وقع على اعتبار اجازتهم قبل الموت ايضا اجتهاد مالك وابن ابي ليلى والزهري والاوزاعي وعطاء وغيرهم كما ذكروا ثم قال صاحب العناية فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك احد الامرين اما ان لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا القلب مانعا اجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين امرين اما ان نبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم الحقيقة واما ان نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول انتهى اقول فيه خلل لان قوله فنحن بين امرين الى آخره مفرع على ما قبله وليس بسديد اما اولا فلان قوله واما ان نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق مما لا مجال له بعد ان قرر فيما قبل ان ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وان انقلاب الحق حقيقة مانع اذا لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وان السبب لم يتحقق في صورة الاجازة قبل الموت بناء على ان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت واما ثانيا فلان قوله ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول مع ان ما قرره فيما قبل وما ذكر في الكتاب يمنعان جواز ذلك اصلا وبالجملة لا مجال لربط قوله فنحن بين امرين الى آخره بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب ايضا فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جارح ابيه قبل موت ابيه بما ذكره قبله كما فصله صاحبا النهاية ومعراج الدراية ثم ان بعض الفضلاء اورد على قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بان قال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال فنحن بين امرين الى آخره انتهى اقول ليس شيء من كلامه بمستقيم

وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن **قال** ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي رح تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما ذكرنا ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها

اما لتقضيه بالجرح فان الجرح فعل واحد صادر عن الجارح لا تكرر فيه الى ان يموت المجروح حتى يقال ان تعقب الجرح المتصل بالموت بل انما تعقب الجرح الواحد الصادر عن الجارح المذكور الا انه يحتمل ان يكون قاتلا اذا تعقبه الموت ويظهر انه قاتل بخلاف المرض فان حالة الفعالية تتكرر ويتجدد الى الموت فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فهي الهبة فافترقا واما قوله ولذلك قال فنحن نبين من بعد الى اخره فلان ما في التفريع ينافي ذلك كما لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام **قوله** وكل ما جاز باجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي رح من قبل الوارث قال صاحب النهاية والعناية وجه قول الشافعي ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث من غير قبوله ولا يرتد برده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض انتهى وهكذا ذكر في الكافي ايضا اقول قد قصروا في تقرير وجه قول الشافعي رح في مسئلتنا هذه حيث قيدوا المال الذي صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلزم ان لا يمشي فيما اذا كان ما اجازه الوارث اقل من قدر الثلث او كان قدر الثلث كما في صورة اجازة الوصية لوارث او لقاتل باقل من الثلث او بالثلث فان الحكم في تلك الصورة ايضا داخل في كلية مسئلتنا هذه مع عدم جريان ما ذكروا من الدليل للشافعي رح فيها كما ترى فالاولى في بيان وجه قول الشافعي رح ههنا ما ذكر في معراج الدراية من ان الشارع ابطل الوصية بما زاد على الثلث وللوارث وللقاتل والاجازة لا تعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لانها تمليك بلا عوض انتهى فانه يعم الكل ثم ان الصحيح في هذه المسئلة قولنا لما ذكر في الكتاب **قوله** ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل اقول لقائل ان يقول ان هذا الحديث مما يعارضه اطلاق قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها او دين وعموم قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونه حيث شئتم او قال حيث شئتم كما مر ثم ان هذا الحديث من قبيل اخبار الآحاد فلا يصلح ان يكون مقيدا لاطلاق الكتاب قطعا على ما عرف في اصول الفقه وان صلح ان يكون مخصصا لعموم ذلك الحديث الآخر فانما يتصور ذلك عند ثبوت تاخر وروده عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قط فاذا لم يعلم التاريخ حمل على المقارنة فيلزم ان يتعارضا ويتساقطا في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الاصول على ما عرف في محله فمن اين تم هذا الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل قال في البدائع قال مالك تصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في اول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا وصية لقاتل وهذا نص ويروى انه قال ليس لقاتل شيء ذكر الشيء نكرة في محل النفي فيعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين ان القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى اقول ليت شعري من اين تبين ان القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص ان يكون المخصص متاخرا عن العام في الورود وهو لم يثبت قط ولو ثبت تاخر هذا الحديث لم يصلح لان يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه خبر الواحد ومن الدلائل المذكورة في اول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه **قوله** ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث قال في العناية ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين واجيب بان حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل ابيهم في تركته والموصي له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى اقول لا الرد شيء ولا الجواب اما الاول فلان التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان عن الوصية مطلقا على الحرمان عن الميراث حتى يرد بان حرمان الميراث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الصورتين المزبورتين بل انما يدل على قياس حرمان القاتل عن الوصية على حرمانه عن الميراث بعلة الاستعجال المحظور وهو القتل ولا شك ان هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجري هذا القياس فيهما واما الثاني فلان كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع كيف ولو كان الامر كذلك لجاز ان يرث القاتل عند اجازة سائر الورثة لرضاهم بالمغايظة كما جازت الوصية له عند ابي حنيفة ومحمد رح

ولما كان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث وانهم لا يرضون بها للقاتل كما لا يرضون بها لاحدهم قال ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية للوارث ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث

اذ لا اجازة الورثة وليس كذلك كما صرحوا به وايضا لو كان الامر كذلك لزم ان لا يحرم القاتل عن الميراث اذا لم يكن للمقتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعا والحق ان سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جناية عظيمة منه وهي القتل بغير حق فاستحق اشد العقوبة بابلغ الوجوه وقد جعل الشرع حرمانه عن الميراث والقاتل الموصى له شارك في هذا المعنى فجاز قياس حرمانه عن الميراث واليه اشار المصنف بقوله ولانه استعجل ما اخره الله تعالى يعني استعجل بارتكاب جناية عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح بهذا الجمع حيث قال ولان القتل بغير حق جناية عظيمة فيستدعي الزجر بابلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجرا كحرمان الميراث فيثبت انتهى ثم قال صاحب العناية ولعل المقصود عنده كونه قياسا على طريقة التعبير جدا وسلوك طريق الدلالة اسهل انتهى اقول فيه بحث لان من شرط طريق الدلالة ان يكون المعنى الذي كان الحكم لاجله في المنطوق متحققا في الملحق بالدلالة بطريق الاولوية او بالتساوي وتحقق ذلك فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على اصل ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله فان المعنى المقتضي لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا ينكسر باجازة الورثة اصلا ولهذا لا يرث القاتل سواء اجازه الورثة او لم يجيزوه بخلاف المعنى المقتضي لحرمانه عن الوصية فانه يتغير وينكسر باجازة الورثة عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله ولهذا يصح الوصية له عندهما باجازتها الورثة كما ستطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث اقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط طريق الدلالة في شان الوصية على اصلهما ثم اقول ههنا احتمال آخر وهو ان لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهي ولا الالحاق بطريق الدلالة بل كان مراده به مجرد التنظير والتشبيه ويدل عليه انه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث لتم دليله العقلي بلا احتياج اليه فان استعجال القاتل ما اخره الله تعالى جرم عظيم يستدعي حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن ان يتحقق رعاية حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذكور اصلا ويسقط الكلمات المتعلقة به بحذافيرها كما لا يخفى **قوله** ولما كان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث اقول اري دليله هذا ضعيفا جدا فان قوله ان الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على الاطلاق اذ قد تقرر فيما مر ان الشرع لم يعتبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا اجازت الوصية بهذا القدر للاجانب وان لم يجيزها الورثة وفيما نحن فيه لم تجز الوصية لشيء للقاتل بدون اجازة الورثة فكيف يتصور ان يكون الامتناع في قدر الثلث ايضا لحقهم ثم ان تعليل ذلك بقوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام لان مجرد عود نفع بطلانها اليهم لو اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لاقتضى كونه في الارث ايضا لحقهم فلزم ان يجوز ارث القاتل ايضا باجازتهم عند عدمهم به احد قال في العناية فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا اجازت الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث اجيب بان الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى اقول فيه نظر لان الكلام ههنا ليس في نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بان احدهما من جهة العبد والآخر من جهة الشرع بل انما الكلام ههنا في ان حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث ام لا ولا شك انه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظرا الى دليلهما وفي كونهما من جهة العبد نظرا الى صدور سببهما وهو القتل عن العبد فما معنى ان تعمل الاجازة التي هي تصرف من العبد في ارتفاع احدهما دون الآخر وبعبارة اخرى ان الميراث وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد الا ان حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان فعله هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا يجوز ان تعمل الاجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته وضعه **قوله** ولانه حيف بالحديث الذي رويناه قال صاحب العناية قوله بالحديث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة من تخصيص بعض الاولاد في العطية انتهى اقول هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور بانه لم يتقدم لمصنف في كتاب الهبة ذكر حديث فيمن خص بعض اولاده في العطية بل لم يقدم ذكر ذلك المسئلة هناك فكيف يتصور الحوالة عليها ههنا والصواب ان مراد المصنف ههنا بقوله بالحديث الذي رويناه هو الاشارة الى ما ذكره في هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث انتهى **قوله** واقرار المريض للوارث على عكسه قال صاحب النهاية ومعراج الدراية

واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف فى الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزها الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه وكان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل فى حق الراد

على عكس الوصية بتاويل الايصاء وقال صاحب العناية اى على عكس الوصية بتاويل الايصاء المذكور ورد عليه التاويل الثانى بعض الفضلاء بان قال الوصية هى المذكورة بانها لا المذكور فالاولى او ما ذكر انتهى اقول رده ساقط لان الوصية انما يكون هى المذكورة فلا بد من تاء التانيث لا المذكور ان لو كان الالف واللام فى اسم المفعول حرف التعريف وقد تقرر فى علم الادب ان الالف واللام فى اسم الفاعل واسم المفعول عند غير المازنى من عامة ائمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم فاعل او مفعول فحينئذ يصير لفظ المذكور فى معنى ما ذكر فيعود الضمير المستتر فى اسم المفعول الى الموصول الذى هو الالف واللام ولا يلزم الحاق تاء التانيث بصلته لعدم علامة التانيث فى لفظ ذلك الموصول فانه فى اللفظ مفرد مذكر صالح للمثنى والمجموع والمونث ايضا ككلمة ما وكلمة من كما صرحوا به نعم يجوز الحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية لكن الامر فى كلمة ما ايضا كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر فى جواز تذكير الصلة نظرا الى لفظ الموصول وجواز تانيثها نظرا الى المعنى المراد بالموصول وعن هذا ترى ثقات اهل العربية يؤولون المونث التى عبر عنها بضمير المذكر او باسم الاشارة المذكر فى مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل فى التفاسير ايضا بالمذكور كما يؤولونها بما ذكر من غير فرق ثم ان كان المراد بقولهم بتاويل المذكور فى امثال هذا المقام ان يقال بتاويل الشئ المذكور على ان يقدر الموصوف المذكر كان الامر اسهل وارتفع الاشتباه بالكلية ثم ان الشراح قاطبة قالوا فى تفسير قول المصنف واقرار المريض للوارث على عكسه اى يعتبر فى الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت قال صاحب النهاية بعد ذلك ان اعتبار وقت الاقرار دون الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث واما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا ثم بين ذلك فى مريض اقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا او كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار فى المعنى حصل للمولى وهو اجنبى فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين ان اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وقال صاحب العناية بعد نقل ما ذكر فى النهاية على الوجه المزبور وارى ان اطلاق المصنف رحمه الله يغنى عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر فى اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل انتهى اقول فيه نظر لان هذا التوجيه انما يصح ان لو كان مراد المصنف بالوارث ما يعم المحجوب ويقابل المحروم وليس كذلك اذ لو كان مراده بالوارث هنا ذلك لكان مراده به فى قوله ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية ايضا ذلك والا لم يتم قوله واقرار المريض للوارث على عكسه فان امر الانعكاس انما يتحقق عند اتحاد المراد بالوارث فى الموضعين ولو كان مراده بالوارث هناك ايضا ذلك لفسد المعنى اذ لا يخفى ان الموصى له اذا كان محجوبا عن الميراث عند موت الموصى يجوز الوصية له كما يدل عليه قطعا ما ذكره الامام قاضيخان فى فتاواه ونقله الشراح باسرهم عنه من قبل وهو انه لو اوصى لاخوته الثلثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه انتهى فظهر ان المراد بالوارث هنا ما ثبت له الارث بالفعل بان لا يكون محروما ولا محجوبا فاحتيج الى التقييد فى صورة الاقرار بما ذكره صاحب النهاية ثم ان صاحب العناية رد على صاحب النهاية ههنا بوجه آخر حيث قال ذكر فى وصايا الجامع الصغير لو ان المريض اقر لابنه بدين وهو نصرانى او عبد ثم اسلم الابن او اعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لان سبب التهمة بينهما قائم وهو القرابة التى صار بها وارثا فى ثانى الحال ثم قال فمن هذا عرفت ان ما ذكره بعضهم فى شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو انه قال اقر لابنه بدين وابنه عبد ثم اعتق ثم مات الاب فهو من تركته فاقراره بالدين جائز لان كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار حصل من المريض فى المعنى للمولى والمولى اجنبى منه انتهى اقول لا يساعد هنا صاحب العناية نفس

قال ويجوز ان يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية

ذلك البعض الذي ينسب السهو اليه فان المصنف ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلا عن كتاب الاقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما سياتي وقد عرف صاحب الغاية ثمه بان الصدر الشهيد وغيره ذكروا ما ذكره المصنف هناك نقلا عن كتاب الاقرار فما قاله هنا من انه سهو منه لا يصح نعم لعله غفول عن ذلك وسهو من نفسه كما لا يخفى نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف رواية الكافي وهنا يا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو فانه بنى كلامه هنا على رواية كتاب الاقرار ومثل هذا ليس بعزيز في كلمات الثقات ثم ان تاج الشريعة بعد ان فسر قول المصنف ره واقرار المريض للوارث على عكسه بقوله اى يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الاقرار لا زمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان صار وارثا زمان الموت لان الاقرار ايجاب في الحال ولهذا يملك المقر له في الحال ويصح رده في الحال انتهى اقول فيه بحث فان قوله فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت مما ينافيه ما نص عليه الامام قاضيخان في فتاواه في فصل اقرار المريض من كتاب الاقرار حيث قال لو اقر لوارث ثم خرج من ان يكون وارثا بان اقر لاخ له ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح اقراره انتهى ثم ان لبعض المتاخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن الاختلال في بعض مواضعها تركنا ذكرها وبيان اختلالها مخافة الاطناب الممل **قوله** قال ويجوز ان يوصى المسلم للكافر قال في الكفاية اراد به الذمي بدليل التعليل ورواية الجامع الصغير ان الوصية لاهل الحرب باطلة انتهى اقول فيه ان قوله ويجوز ان يوصى المسلم للكافر لفظ القدوري ولا التعليل ورواية الجامع الصغير ان الوصية لاهل الحرب انما هما من كلام المصنف فكيف يصح جعل كلام المصنف ره دليلا على ارادة القدوري بالكافر الذمي دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه على ان المراد باهل الحرب في رواية الجامع الصغير هو الحربي الغير المستامن لان لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية لحربي هو في دارهم باطلة كما ذكر في الكافي وغيره فبقي الحربي المستامن خارجا عن مسئلة الجامع الصغير فكيف يكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذمي دون ما يعم الحربي المستامن وقد صرح في المحيط وغيره بانه يجوز ان يوصى المسلم للحربي المستامن في ظاهر الرواية كما يجوز ان يوصى للذمي نعم يجوز ان يكون اختصاص التعليل الذي ذكره المصنف بالذمي دليلا على حمل المصنف ره مراد القدوري بالكافر على الذمي وان لم يكن دليلا على ان يكون مراد القدوري بذلك في نفسه هو الذمي واما ما ذكره المصنف ره رواية الجامع الصغير التي تختص بالحربي الغير المستامن فلا يكون دليلا على حمل المصنف ايضا اياه على الذمي فقط كما لا يخفى **قوله** وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة قال شراح الجامع الصغير ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم فوجه التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل جاز ويثبت الملك لانهم من اهل الملك انتهى واقتفى اثرهم صاحب الكافي وشراح هذا الكتاب اقول والانصاف ان لفظة باطلة في عبارة الجامع الصغير مما يابى التوفيق المذكور جدا اذ قد تقرر عندهم ان الباطل من العقود لا يفيد الملك بخلاف الفاسد منها فانه يفيد الملك عند تحقق القبض فلو كان المذكور في الجامع الصغير لفظة فاسدة بدل لفظة باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم اقول لعل الراى هنا راى صاحب المحيط فانه لم يقبل قولهم ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي بل نقل ما ذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية للحربي حيث قال وفي شرح الطحاوي قالوا وذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لحربي واختلف المشائخ فيه منهم من وفق بين ما ذكر في الاصل وبين ما ذكر في السير فقال لا ينبغي للمسلم ان يوصى للحربي كما في الاصل ولكن لو فعل جاز ويثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير ومنهم من قال في المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور في السير الكبير ان الوصية للحربي باطلة وصورته المذكورة ثمه لو اوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز فان خرج الحربي الموصى له الى دار الاسلام بامان واراد اخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء وان اجازت الورثة لان الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل اجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز في اصل المسئلة ونص على البطلان

والقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حيوته او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصى الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا

في الفرع وانه دليل على بطلانها الى هنا لفظ المحيط فتامل ثم ان صاحب الدرر والغرر بعد ان ذكر التوفيق ان المذكور في عامة الكتب وعزاه الى الكافي والنهاية قال اقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فانه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستامن فان للحربي ما دام في دار الحرب ممن تقاتلنا بخلاف المستامن فانه ليس كذلك وهو المراد مما ذكر في السير الكبير انتهى كلامه اقول هذا كلام عجيب فان لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط لو اوصى مسلم لحربي وهو الحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى فكيف يمكن ان يكون المستامن هو المراد مما ذكر في السير الكبير **قوله** وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة او ردها فذلك باطل قال بعض المتاخرين لا يخفى ان بيان وقت القبول حقه ان يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي ان يقدم قوله والموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن ان يتوسط بينهما مسئلة استحباب التوصية بما دون الثلث انتهى اقول خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشواء لان بيان وقت القبول اذا كان حقه ان يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي ان يقدم قوله والموصى به يملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لان الذي ينبغي ان يقدم انما هو ما حقه ان يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور فيلزم ان يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المصنف فكانه اراد ان يقول لا يخفى ان بيان وجوب القبول حقه ان يقدم على بيان وقت القبول فخبط في تحريره وعكس الامر **قوله** ويستحب ان يوصى الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم اقول لقائل ان يقول كما ان في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على الاجنبي وفيما اذا كانت الورثة اغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم والصدقة اولى من الهبة كما سيجيء التصريح به في تعليل كون الوصية بدون الثلث اولى من تركها فيما اذا كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم فينبغي ان يكون التكميل ايضا اولى من التنقيص فيما اذا كانت الورثة اغنياء لتلك العلة فما وجه التعميم هنا والجواب ان في التنقيص اصل صلة القريب لا زيادتها وفي التكميل زيادة الصدقة لا اصلها لتحقق اصلها بما دون الثلث بدون التكميل ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن اصلها اي بالكلية وليس في اختيار التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معا فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط هي فضيلة الصدقة ولا ريب ان العمل بهما اولى من العمل باحدهما فقط **قوله** ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها اقول ولقائل ان يقول قد علم فيما مر انفا ان الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء ولا شك ان المستحب هو الذي كان فعله اولى من تركه فما معنى الترديد هنا بان الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها والتفصيل بقوله قالوا ان كانت الورثة فقراء الى آخره والجواب ان الاستحباب في قوله سابقا ويستحب ان يوصى الانسان بدون الثلث ليس بناظر الى قوله ان يوصى الانسان بدون الثلث اي منصب الافادة في ذلك الكلام قيده فيكون معناه ان التنقيص عن الثلث في الوصية مستحب مطلقا وهذا انما يقتضي ان يكون التنقيص من الثلث في الوصية اولى من التكميل مطلقا ولهذا قال المصنف رح في تعليله لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم وهذا المعنى لا ينافي ان يكون ترك الوصية بالكلية اولى من التنقيص عن الثلث ايضا في بعض الصور فبين المصنف رح ذلك بما قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية اولى وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى فلم يكن ترديده وتفصيله ههنا مخالفا لما سبق انفا بل كان بملاحظة ذلك ورعاية حاله هكذا ينبغي ان يفهم هذا المقام **قوله** لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح والكاشح العدو الذي ولى كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح هو الذي اضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا الصدق افضل لان في التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها كذا في العناية وغيرها اقول فيه شيء وهو ان الحديث حينئذ انما يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم

وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغى بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيخير بين الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر رحمه الله وهو احد قولي الشافعي رحمه الله هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم الا ان تبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي رحمه الله تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا

الكاشح لا على افضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم التقريب وقد تنبه له بعض الفضلاء حيث قال هذا الحديث لا يفي تمام المدعى ولذلك لا يصدره باداة التعليل انتهى الا ان قوله ولذلك لم يصدره باداة التعليل لا يجدي نفعا لان ذلك الحديث في مقام التعليل ههنا سواء صدرناه باداة التعليل او لم يصدره بها وقد صدره صاحب الكافي باللام حيث قال لقوله عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ثم ان بعض المتاخرين كانه قصد رفع ذلك القصور واصلاح المقام فقال في شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب هذا قياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهي كل صدقة على القريب اولى من الصدقة على غيره اقيم دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح فانه بصريحه يدل على افضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح وتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى اقول ليس ذلك ايضا بتام فانا ان غمضنا عن منع قوله فانه بصريحه يدل على افضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح نمنع جدا قوله وتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم فان تخصيص الكاشح بذي الرحم انما يدل على ان لكون المتصدق عليه ذا الرحم تاثيرا في افضلية الصدقة كما ان لكونه كاشحا تاثيرا فيها ولا يلزم منه ان يكون التصدق على ذي الرحم الغير الكاشح افضل من التصدق على غير ذي الرحم الكاشح لان في كل منهما انتفاء احد سببي الافضلية المستفادين من الحديث المزبور فمن اين يعلم افضلية احدهما من الآخر تامل تقف **قوله** وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى اقول لمانع ان يمنع كون الوصية صدقة على الاجنبي مطلقا والاجنبي الموصى له قد يكون غنيا ايضا فلم يثبت اولوية الوصية من تركها على الاطلاق فيما اذا كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم فتدبر **قوله** ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية صورة الاول ان يشتري المريض شيئا ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيبا فانه لا يرده على بائعه وصورة الثاني ان يوصي بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له انتهى اقول في تصوير الثاني بما ذكروا نظر لان الموصي اذا باع شيئا من الموصى له يصير راجعا عن وصيته كما يجيء تفصيله عن قريب ففي الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية رد المشتري ما اشتراه من الموصي على الموصى له بالعيب لرجوع الموصي عن وصيته بما باعه من التركة ببيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية اثبات ملك جديد فلا يتم التقريب **قوله** ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع اقول هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكوة والكفارات فانها واجبة على ما صرحوا به فالاولى في التعليل البسيط بان يقال بانه حق العبد واداؤه فرض والوصية تكون بطريق التبرع في الغالب وقد يكون بطريق الوجوب وذلك فيما اذا كانت لاداء حقوق الله تعالى كالحج والزكوة ونحوها واياما كان يقدم الدين عليها اما في الشق الاول فظاهر لان اداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا محالة واما في الشق الثاني فلان الدين حق العبد وحق العبد يقدم على حق الله اذا اجتمعا لاحتياج العبد دون الله تعالى كما عرف في محله **قوله** والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم يعني كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية الشيء باسم ما كان عليه كذا في العناية وغيرها او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا قال صاحب العناية وفيما نظر عندي لانه صرح الراوي لانه اوصى لابنة عم له بمال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يحتمل ان يقال انه كان بالغا وقد سمي غلاما مجازا لانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم انتهى وذكر صاحب الغاية حاصل نظره والجواب عنه حيث قال وروايته صحيح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم وانه اوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التاويل بكونه يافعا مجازا او بكون الوصية في تجهيزه وامر الدفن ويجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز ان يكون

وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى وضع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالهبة
فانه لا يملكه ولا وصية وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا
اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب
لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على
قول ابي حنيفة رح لا تصح وعندهما تصح ردا الى ما اذا قال المكاتب كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف في موضعه

الراوي نقله بمعناه وقوله انه اوصى لابنة عم له بمال لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه انتهى اقول ليس ذاك الجواب بسديد اما اولا فلانه اذا كان لفظ البالغ
في الاثر المزبور مجازا عمن كان بالغا لم يبعد حمله على بلوغه زمان كيكون معنى البالغ حقيقة تعبيرا في ذلك الاثر بل غير واقع في اصل القصة فلو كان الراوي نقله بمعناه الحقيقي
لزم ان يكذب في مسئلة ولا يخفى ما فيه واما ثانيا فلان قوله وقوله انه اذا اوصى لابنة عم له بمال اياه لا ينافي ان يكون مما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه ممنوع جدا فان معنى اوصى
له بمال ملكه اياه وما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه لا يكاد ان يكون ملكا لغيره كما لا يخفى نعم لو كان المروي في الاثر انه اوصى الى ابنة عم له بالكتابة الى بدل كلمة اللام لم يلزم المنافي
لان معنى اوصى اليه جعله وصية فيجوز ان يكون ابنة عمه وصية في تجهيزه وامر دفنه ولما كان المروي في ذلك انه اوصى لابنة عم له بمال لم يبق للتاويل المذكور مجال **قوله**
وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه قال في العناية قوله وهو يحرز الثواب جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله كما بينا اشارة الى قوله فالترك
اولى لما فيه من الصدقة على القريب الى آخره فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب او تساويهما فيه انتهى اقول فيه اشكال لانه ان اراد ان قوله كما بيناه اشارة
الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة الى آخره اي الى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ما ينتهي عند قوله وان كانوا اغنياء يلزم ان لا يتم كلام المصنف ره ههنا فانه انما
يمشي في صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رح ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى في صورة ان كانوا اغنياء ويلزم ان لا يتم
قول الشارح فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب او تساويهما فيه اذ الافضلية متعينة حينئذ فلا معنى للترديد وان اراد بقوله الى آخره الى قوله والموصى به يملك
القبول ليتناول صورة ان كانوا اغنياء ايضا يلزم ان لا يجري كلام المصنف ره هنا وكلام الشارح ايضا في صورة ان كانوا اغنياء الا على القول الضعيف
المذكور هناك بقيل وهو التخيير بين الوصية وتركها لا على القول المختار المذكور هناك اولا وهو كون الوصية اولى من تركها وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال
عن نوع من الاختلال قال بعض المتاخرين ههنا بعد نقل ما في العناية وفيه ان التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه في المقصود انتهى اقول ان قوله ولا حاجة اليه في المقصود ليس بصحيح
اذ لا افضلية في الترك في صورة ان كانت الورثة اغنياء بل الافضلية فيها للوصية على القول المختار او الوصية وتركها سيان فيها على القول الضعيف كما تقرر
فيما سبق والمقصود ههنا هو الجواب عن قول الشافعي ره ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولا ريب ان في ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف ههنا وهو
يحرز الثواب بالترك على ورثته في صورة ان كانوا اغنياء الا بالتشبث بالقول الضعيف في تلك المسئلة وهو تساوي الوصية وتركها اذ على القول المختار
فيها يكون الوصية افضل فلا يتيسر احراز الثواب بتركها فتحققت الحاجة الى ذكر التساوي ليتم الجواب بالنظر الى تلك الصورة ايضا وعن هذا اورد بعض الفضلاء
على ما في العناية ما اورده ذلك البعض ولم يذكر المقدمة القائلة ولا حاجة اليه في المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك اورده المصنف
بصيغة التمريض **قوله** ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر وقت الوصية اي يجوز الوصية للحمل مثل ان يقول اوصيت بثلث مالي لما في
بطن فلانة وبالحمل كما اذا اوصى بما في بطن جاريته ولم يكن منه لكن بشرط ان يعلم انه موجود في البطن وقت الوصية له او به بان جاءت به لاقل من ستة
اشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي واختاره المصنف ره او من وقت موت الموصي بان جاءت به لاقل من ستة اشهر
من وقت موته على ما ذكره الفقيه ابو الليث في نكتة الوصايا والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية هذا زبدة ما في العناية وغاية البيان
قال بعض المتاخرين بعد ان شرح المقام بهذا المنوال اقول ليس معنى هذا الاختلاف على الاختلاف في انه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصى له وبه وقت
موت الموصي او لا بد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية ايضا للاتفاق من مشائخنا على ان الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية ايضا
لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذاك دون وقت الايجاب بدليل ما ذكره الامام قاضيخان ويجيء ايضا انه لو قال اوصيت بثلث مالي

قال وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة فى بعض ماله والجنين يصلح خليفة فى الارث فكذا فى الوصية اذ هى اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا

لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ما ترك وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل بانه اذا اوصى بثلث ماله لبنى فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيه فتبين ان منشأ الاختلاف ليس ذاك بل خصوصية فى المسئلة اعتبرها الطحاوى ولم يتنبه لها غيره وهى ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما فى بطنها بكذا كونه موجودا فى بطنها وقت الوصية فسد لان المعنى لما ثبت وتحقق فى بطنها فى هذا الى هنا كلامه وذلك البعض اقول فيه اختلال فاحش فان قوله لاتفاق مشايخنا على ان الشرط لصحتها وجودها وقت الموت فقط لا وقت الوصية ممنوع كيف وقد وضع فى المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان ان المعتبر لصحة الايجاب فى الوصايا وجود الموصى به يوم موت الموصى او وجوده يوم الوصية وذكر بناك ان حاصل هذا الفصل ان الموصى به اذا كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من اوصى لانسان بعين لا يملك ثم ملكه يوما من الدهر لا تصح الوصية واذا كان العين الموصى بها فى ملك الموصى يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى اذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع فى بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم الوصية وتتعلق الوصية به حتى لو قال اوصيت لك بثلث غنمى او بشاة من غنمى وليس فى ملكه غنم يوم الوصية لا تصح الوصية حتى لو وجدت للموصى اغنام بعد ذلك قبل ان يموت لا يكون للموصى له من الاغنام الحادثة شئ ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع فى جميع التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم موت الموصى فاذا اوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فان ثلث ماله الذى اكتسبه للموصى له ولم تتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه انتهى فقد ظهر بذلك ان المعتبر لصحة الايجاب فى اكثر اقسام الوصايا وجود الموصى به وقت الوصية لا وقت الموت فلا معنى لقوله لاتفاق مشايخنا على ان الشرط لصحتها وجودها اى وجود الموصى له او به وقت الموت فقط لا وقت الوصية ايضا وقوله فى تعليل ذلك لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودها اذ ذاك دون وقت الايجاب ليس بتام لان سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز ان يعتبر وجودها وقت وجود ذلك السبب كما يجوز ان يعتبر وجودها وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هنا نشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما مر من قبل وقوله وبدليل ما ذكره الامام قاضيخان وسيجىء ايضا انه لو قال اوصيت بثلث مالى لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ما ترك ليس بصحيح لان ذلك انما يكون دليلا على كون المعتبر وقت الموت فيما اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع فى جميع التركة كما هو الحال فى قوله اوصيت بثلث مالى لفلان لا فيما اذا كان الموصى به معينا كما فيما نحن فيه وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره فى شرح تلك المسئلة التى تجىء فى الكتاب هذا اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع فى جميع التركة كما فى اسم المال واما اذا كان معينا فى نوع من المال فالحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آنفا وقوله وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل من انه اذا اوصى بثلث ماله لبنى فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيه ليس بتام لان ما ذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه ان يكون الجواب فى غير ظاهر الرواية ايضا كذلك سيما عند الطحاوى فمن اين يثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع لم يعتبر ذلك من وقت الموت فى ظاهر الرواية وعند الطحاوى من وقت وجود الوصية انتهى وقوله فتبين ان منشأ الاختلاف ليس ذلك بل خصوصية فى المسئلة اعتبرها الطحاوى ولم يتنبه لها غيره وهى ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما فى بطنها بكذا كونه موجودا فى بطنها وقت الوصية ايضا لا يصح اذ لا نسلم ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت بما فى بطنها بكذا كونه موجودا وقتئذ بل يكفى كونه موجودا وقت موت الموصى لثبوت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من اساطين الفقهاء سيما اصحاب ظاهر الرواية ان لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفا ولغة ولا ينبغى ان يسلب احد منهم الغفلة عن شئ من اللغة والعرف فضلا عن الغفلة عنهما معا وقوله لان المعنى لما ثبت وتحقق فى بطنها فى هذا الوقت بحكم بحت بل المعنى لما ثبت وتحقق

وأما الثاني فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية وبابها أوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلأن تصح في الموجود أولى قال ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالإطلاق تبعا فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الأصل أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه منه إذ لا فرق بينهما وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لأنه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولأن القبول يتوقف على الموت والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع قال وإذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا أما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لأنها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فإذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه الأفاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لأنه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لأنه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لأنه تصرف في التابع وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما إذا باع العين الموصى بها ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه فإذا أزاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لأنه للصرف إلى حاجته عادة فصار هذا المعنى أصلا أيضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لأن من أراد أن يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد لأن

في بطنها وأما كون ثبوته في وقت الوصية أو في وقت الموت فأمر خارج عن مفهوم نفس اللفظ وإنما التعيين له شيء آخر هو محل الاجتهاد من الفريقين وقد بينه صاحب البدائع بأن قال وجه ما ذكره الطحاوي أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى ثم إن ذلك البعض قال واعلم أن كلام صاحب الكافي ههنا اضطرب لأنه دل أوله على أن اعتبار المدة من وقت الوصية فيما أي في الموصى له وبه وآخره دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لي وجهه انتهى أقول إن صاحب الكافي قال في أول كلامه ويجوز الوصية للحمل وبالحمل إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ثم قال في آخره وأما الثاني فلأنه يجري فيه الوراثة فيجري فيه الوصاية لما مر أن الوصية أخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت حتى جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم الموت انتهى فيجوز فيه الوجهان أحدهما أن يكون المضاف مقدرا في قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية ولا يخفى أن وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصي فيوافق أول كلامه آخره وقد أشار صاحب معراج الدراية إلى تأويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلام ما ذكر في المبسوط وثانيهما أن يكون مراده بإيراد آخر كلامه مخالفا لأوله هو الإشارة إلى وقوع الروايتين في تعيين أول المدة التي يعلم بها وجود الحمل في البطن وقد خفي على ذلك البعض كل من ذينك الوجهين حيث قال لم يظهر لي وجهه ثم إنه أخطأ في قوله وآخره دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل فإن الذي في آخره إنما هو الوصية بالحمل لا الوصية للحمل لأنه قال فيه وأما الثاني ولا ريب أن الثاني في قوله ويجوز الوصية للحمل وبالحمل هو الوصية بالحمل ثم إن الزيلعي قال في شرح الكنز وذكر في الكافي ما يدل على أنه إن أوصى له يعتبر من وقت الوصية وإن أوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى أقول ليس ذاك أيضا بسديد لأن عبارة الكافي في أول الكلام هكذا ويجوز الوصية للحمل وبالحمل إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ولا يخفى أن قوله من وقت الوصية إن لم يتعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريبا منه فلا أقل من أن يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالحمل فمن أين يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما إذا أوصى له نعم ما ذكره صاحب الكافي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما إذا أوصى بالحمل وبهذا يرى المخالفة بين أول كلامه وآخره والمخلص ما بيناه آنفا من أحد الوجهين فتبصر **قوله** وأما الثاني فلأنه بعرض الوجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية قال صاحب الغاية في شرح هذا المحل أما الثاني وهو الوصية به فلأنه أي الحمل بعرضية الوجود إذ الكلام فيما إذا علم وجوده وقت الوصية فإن وضع المسئلة فيما إذا وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو وقت الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة انتهى أقول فيه خلل ظاهر فإن زيادة قوله أو الموت في قوله من وقت الوصية أو الموت مع كونها غير مطابقة للمشروح تقتضي أن لا يصح قوله وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة إذ على تقدير أن وضعته لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي لا يعلم وجوده وقت الوصية أصلا فيما إذا مضت بين الوصية والموت مدة يمكن بها أن يعلم الحمل أكثر من ستة أشهر من وقت الوصية وهذا مما لا سترة به **قوله** ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالإطلاق تبعا فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها أقول لقائل أن يقول هذا التعليل منتقض بصورة البيع فإنه إذا باع جارية إلا حملها فسد البيع مع إمكان جريان مقدمات هذا التعليل هناك أيضا لا يقال إنما فسد البيع لأصل وهو أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه ومن ذلك العقد والحمل مما لا يصح إفراده بالبيع فلا يصح استثناؤه منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع بخلاف الأمر في الوصية فإن إفراد الحمل بالوصية يصح فكذا استثناؤه منها كما سيأتي في التعليل الثاني لأنا نقول ذلك الفرق موجب التعليل الآتي ولا مساس له بهذا التعليل الأول فلا معنى للخلط ثم إن صاحب الغاية قال في شرح أول هذا التعليل لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لأنه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كتقسيمها وسراويلها مما تلبس بها انتهى أقول متقضى تقريره هذا أن يكون قول المصنف هذا لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا صغرى القياس من الشكل الأول كبراه مطوية

وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان الرجوع نفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فاولى ان يكون رجوعا

وهى قوله ما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية وان يكون ذلك القياس مع مده دليلا مستقلا على صحة استثناء الحمل فى مسئلتنا هذه لكن فيه بحث وهو انه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للحمل على صحة استثنائه منها ومعنى الاستثناء يقتضى خلاف ذلك فان معناه هو الاخراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف او المنع عن دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المصنف رح فى باب الاستثناء من كتاب الاقرار الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وعلى كل حال من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه فى الاستثناء الحقيقى الذى هو المتصل واما المنقطع فصيغة الاستثناء مجاز فيه كما عرف فى محله سيما فى كتب الاصول ويمكن ان يقال ان صيغة الاستثناء وان كانت مجازا فى المنقطع الا ان لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية فى القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح فى فصل الاستثناء فيجوز ان يراد بالاستثناء المذكور فى هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضى تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافى ذلك فيتم التقريب وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد او الرجل لم يجز فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولها انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله لان اسم الجارية يتناولها حيث قال ان اراد مقصودا فليس كذلك وان اراد تبعا فالحمل كذلك انتهى اقول هذا فى غاية السقوط اذ لا شك ان المراد ان اسم الجارية يتناولها مقصودا قوله فليس كذلك ممنوع اذ لا ريب ان اسم الجارية فيما اذا قال اوصيت بهذه الجارية يتناولها بجميع اجزائها الحقيقية مقصودا اذ لا معنى لا يصاء الجارية بدون يديها او رجليها ونحو ذلك لامتناع الانتفاع بها بدون اجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الحمل فانه ليس بجزء منها حقيقة قبل الانفصال ايضا بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصاله بها كما صرح به المصنف فى البيوع ويمكن انفكاكه عنها بوضعها اياه فجاز ان لا يكون مقصودا عند ايصائها كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان قيل كيف يصح الاستثناء وهو تصرف لفظى لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيما كان قبل الوصية كما لو قال اوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا فان الوصية فى الالف صحيحة والاستثناء ايضا صحيح فى تقرير ملكه فى الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى فانه لم يكن داخلا انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه صرح فى كتاب الاقرار ان ما لا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لا يصح استثناؤه لان الاستثناء تصرف لفظى ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك يصح فى الاقرار ايضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتامل فى الفرق انتهى وقصد بعض المتاخرين الجواب عنه فقال فان قلت يشكل حينئذ بما ذكروا فى كتاب الاقرار انه لو قال هذه الدار لفلان الا بناؤها فانه لى فللمقر الدار والبناء لان الدار اسم لما ادير عليه الحائط والبناء يدخل تبعا والاستثناء انما يصح مما يتناوله الكلام نصا لا تبعا فلم حكموا ببطلان الاستثناء هناك ولم يصححوه باعتبار تقرير الملك كما صححوا به ههنا قلت انما لم يصححوا ذلك لاستلزامه ابطال حق ثبت بالاقرار فلم يلزم ذلك فى الوصية لانها تبرع يصح الرجوع عنه غاية ان يحمل الاستثناء على الرجوع عنها فى حق التابع انتهى اقول جوابه ليس بمستقيم فان ابطال حق ثبت بالاقرار انما يلزم فى تلك المسئلة المذكورة فى كتاب الاقرار على تقدير ان لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للمقر له واما على تقدير ان يصح الاستثناء فيها فلا يلزم ابطال ذلك اصلا اذ يصير الاقرار حينئذ مخصوصا بما عدا البناء اذ قد تقرر فى مباحث الاستثناء ان حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلا هذه الدار لفلان الا بناؤها على تقدير ان يصح الاستثناء غير بنائها هذه الدار لفلان وبهذا يندفع التناقض المتوهم بين اول الكلام وآخره فى امثلة الاستثناء قطعا فانه لو صح الاستثناء فى مسئلة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقرار فظاهر انه لا يصار الى حمل الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية فى حق التابع ليس بسديد ايضا اذ لو كان الامر كذلك لما احتيج الى شىء من التعليلين المذكورين فى الكتاب لمسئلتنا هذه ولزم ان يكون ذلك من قبيل التزام ما لم يلزم فان مسئلة جواز الرجوع عن الوصية بجميع تفاصيلها وتفاريعها بعيدة عن هذه المسئلة قوله وقال ابو يوسف رح يكون رجوعا لان الرجوع نفى فى الحال والجحود نفى فى الماضى والحال فاولى ان يكون رجوعا قال بعض المتاخرين قلت هذا الكلام ظاهر وانما النفى فى الرجوع عنها بمعنى فسخها ورفعها وفى الجحود بمعنى سلبها ونفى وقوعها واين هذا من ذلك انتهى

[Margin notes: بيانية; اذ لا يعيد]

ولمحمد رہ ان الجحود نفی فی الماضی والانتفاء فی الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا فی الحال كان الجحود لغوا او لان الرجوع اثبات فی الماضی ونفی فی الحال والجحود نفی فی الماضی والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعی بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهی باطلة لانه الذاهب المتلاشی ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذی اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثی يكون رجوعا عن الاول لما بيناه ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمها ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثانی ولم يتحقق فبقی للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصی فهی للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

اقول ليس المراد بقول ابی يوسف رہ ان جحود الوصية يكون رجوعا عندنا ان الجحود والرجوع متحدان معنى بل المراد انهما متحدان حكما وهو ابطال الوصية بان لا يثبت الملك للموصى له فی تركة الموصی فكون النفی فی الرجوع بمعنى الفسخ وفی الجحود بمعنى سلب الوقوع انما ينافی الاتحاد فی المعنى لا الاتحاد فی الحكم ومبنى استدلاله المذكور على الثانی دون الاول فلا محذور على ان ما ذكره ذلك البعض على تقدير وروده انما يؤول الى ما ذكره المصنف رہ فی التعليل الثانی لمحمد رحمه الله كما لا يخفى على المتامل فلا وجه لنسبته الى نفسه بقوله قلت **قوله** ولمحمد رہ ان الجحود نفی فی الماضی والانتفاء فی الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا فی الحال كان الجحود لغوا قال صاحب العناية فی شرح هذا التعليل لمحمد رہ ان الجحود وهو ان يقول لم اوص لفلان او ما اوصيت له نفی فی الماضی لكونه موضوعا لذلك والانتفاء فی الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك الى ان يثبت ما لم يغير واذا كان الكذب ثابتا فی الحال لكونه كاذبا فی جحوده اذ الفرض انه اوصى ثم جحد كان النفی فی الماضی باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء فی الحال فكان الجحود لغوا انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلانه جعل اسم كان فی قول المصنف رہ واذا كان ثابتا فی الحال الكذب وليس بتقيلن لان الكذب مما لم يتقدم ذكره فی كلام المصنف رہ لا لفظا ولا معنى ولا حكما فكيف يصح ان يكون اسم كان فی قوله المذكور ضميرا راجعا الى الكذب واما ثانيا فلانه لو كان المراد ذلك لزم ان يكون قول المصنف رہ فی الحال فی قوله واذا كان ثابتا فی الحال مستدركا لا طائل تحته فان ثبوت الكذب فی الجحود يقتضی كون الجحود لغوا من غير فصل بين ان يكون ثبوت ذلك فی الحال او فی غيره من الازمان واما ثالثا فلانه لو كان المعنى ذلك لما تحقق فائدة قول المصنف رہ والانتفاء فی الحال ضرورة ذلك فانه اذا كان الكذب فی جحوده ثابتا بناء على كون الفرض انه اوصى ثم جحد كان جحوده لغوا باطلا لا حكم له اصلا سواء كان الانتفاء فی الحال من ضرورة ذلك او لم يكن من ضرورته ثم قال صاحب العناية وفی بعض الشروح جعل اسم كان فی قوله واذا كان ثابتا فی الحال الوصية وفی بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتامل انتهى اقول فيه نظر لان المصادرة على المطلوب انما يلزم ان لو كان معنى كلام المصنف رہ واذا كان الوصية او الحق ثابتا فی الحال بعد كون الجحود لغوا وليس معناه ذلك بل معناه واذا كان الايصاء المجحود ثابتا فی الحال لكونه كاذبا فی جحوده اذ الغرض انه اوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغوا حيث كان النفی فی الماضی باطلا فبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء فی الحال ولا مصادرة فی هذا كما لا يخفى على ذی مسكة **قوله** او لان الرجوع اثبات فی الماضی ونفی فی الحال والجحود نفی فی الماضی والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة قال فی العناية فيه نظر من وجهين احدهما انه قال فی الدليل الاول ان الجحود نفی فی الماضی والانتفاء فی الحال ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفی فی الماضی والحال وبينهما تناف والثانی انه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول لان قوله نفی فی الماضی والحال معناه نفی فی الماضی وضعا وتحقيقه وفی الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا ينافی وعن الثانی بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضی متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز فی الالفاظ الشرعية على ما قررناه فی الانوار والتقرير انتهى اقول يتجه على جوابه عن النظر الثانی ان جواز استعمال الجحود فی الرجوع جوازا لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التضاد بينهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوزات المجاز فی الالفاظ الشرعية ان لا يجوز استعمال الجحود فی الرجوع مجازا اصلا بل يجوز ان يكون العلاقة بينهما اشتراكهما فی معنى خاص وهو كونهما نافيين فی الحال وان كان الجحود نافيا فی الماضی ايضا كما افصح عنه فی غاية البيان وعن هذا قال فی الذخيرة والمبسوط والاصح قول ابی يوسف رہ ووجهه ان الجحود كذب حقيقة الا انه يحتمل الفسخ مجازا فيحمل على المجاز وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الالغاء بقدر الامكان وامكن حمله على الفسخ لان الموصی ينفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع والاجارة اذا جحد احد المتعاقدين لان هناك يتعذر حمله على الفسخ لان احد المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو تجاحدا القول بانفساخ العقد وبخلاف ما اذا جحد الزوج النكاح من الاصل بان قال لم اتزوجك لان هناك ايضا تعذر حمله على الفسخ لان النكاح

النظر · فظاهرا · بيانه

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقيهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث ولآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما والاكثر سهمين فصار ثلاثة اسهم سهم لصاحب الاقل وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة اسهم عندهما وقال ابو حنيفة رح الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة رح للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة

قال واذا اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رح يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا **قال** ومن اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان تجيز الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد عليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام فيما يروى

لا يحتمل الفسخ ولا يمكن ان يجعل كناية عن الطلاق اذ لا مشابهة بينهما الا ان يجحود نفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفي انتهى تبصر

باب الوصية بثلث المال لما كان اقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي يتعلق بها في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب كذا في النهاية والعناية **قوله** وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث اشار بهذا الكلام الى صورة نقض ترد على وجه الفرق لابي حنيفة رح بين المسائل الثلث المجمع عليها وبين الخلافية وهي على ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية ما اذا اوصى بعبد لانسان قيمته الالف ولعبد آخر بعينه لانسان آخر قيمته الفان ولا مال له سواهما فان الخلاف المذكور ثابت فيه ايضا مع انه يتصور هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة لاحتمال ان يزيد مال الميت فتخرج العبدان من الثلث وقال تاج الشريعة وصاحب العناية في تصوير صورة النقض هنا بان كان عبد اوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل ان يكتسب هذا العبد بالاقتصار رقبته مساوية لثلث المال او يظهر للميت مال فيصير العبد بثلث المال انتهى اقول فيه خلل لان الموصى به يصير اذ ذاك هو العبد وثلث المال لا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى لهما في جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة وان زاد مال الميت جدا لان العبد يكون زائدا على الثلث في تلك الصورة لا محالة ولا يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون اجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للمسائل الثلث المجمع عليها حيث امكن في تلك المسائل الثلث تنفيذ الوصية في جميع ما سماه لهما في الجملة بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لان يكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل ابي حنيفة رح هنا بل انما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل **قوله** لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل لو انه هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة هذا هو الجواب عن النقض الذي اشار اليه آنفا قال الزيلعي في التبيين بعد نقل ما في الهداية ههنا وهذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث انتهى اقول ليس هذا النقض بوارد لان المحاباة متعلقة بالثمن لا بالعين وقد افصح عنه صاحب الكافي حيث قال والوصية بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسلة وكذا بالمحاباة لانها وصية بالثمن فصارت بمنزلة المال المرسل انتهى **قوله** ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه اعلم ان هذا المحل من مداحض هذا الكتاب ولهذا تحير الشراح في حله فقال اكثرهم منهم صاحب العناية معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص عنه اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة انه لو كان المراد بها المعنى لما كان لاداء هذا المعنى مثل هذا التركيب المفصل المشوش وجه بل لا يليق هذا بمنصب المصنف وقال بعضهم معنى قوله ولا يزاد عليه في هذه الصورة المستثناة في الكتاب وهي ما اذا كان اخس السهام انقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما في الكتاب ساكتا عن بيان الحكم اذا كان اخس السهام ازيد من السدس انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان قول المصنف رح في تعليل قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة وله ان السهم هو السدس الى آخره يقتضي ان يكون الموصى له في رواية عنده وهو السدس مطلقا اي سواء كان اخس السهام هو السدس او ناقصا عنه او زائدا عليه فلا مجال لان يكون ما في الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور فان في رواية الجامع تجويز الزيادة على السدس دون النقصان عنه والتعليل المذكور ينافي ذلك قال صاحب العناية فان قيل اخس الانصباء اقل والثمن اقل

ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء

من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه لما ذكره في الكتاب من الاثر واللغة انتهى اقول الجواب منظور فيه لان ما ذكر في الكتاب انما يستدعي جعل السهم بمعنى السدس لا جعل اخس الانصباء الذي هو اقلها بمعنى السدس وكلام السائل في الثاني دون الاول كما ترى والحق في الجواب ما يفهم مما ذكر في النهاية نقلا عن المبسوط وهو ان اقل الانصباء باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس واما الثمن فانما هو اقلها باعتبار العارض وهو الزوجية وما يكون عارضا في مزاحمة ما هو اصل كالمعدوم فيحمل اللفظ على اقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب العناية واعلم ان عبارة المشائخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف روايتي المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل جوز ابو حنيفة رح النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف رح مخالفة كل واحدة منهما لان قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله لا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما الى هنا لفظ العناية اقول كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح في الكافي بان ابا حنيفة رح جوز على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب العناية ما في الكافي على وجه الارتضاء ومعنى رواية المصنف رح ما صرح به الشارح المزبور في صدر المسئلة ان ابا حنيفة رح لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تحتمل الجمع بينهما كما لا يخفى فلا وجه لقوله واما انه جمع بينهما واورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تامل فان الظاهر ان المراد نفي الزيادة على السدس اذا نقص اخس السهام عن السدس لا مطلقا فحينئذ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير انتهى اقول ليس هذا بمستقيم فان التعليل الذي ذكره المصنف من قبل ابي حنيفة رح بقوله ولان السهم هو السدس الى آخره يقتضي لا محالة ان يكون المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضي ان يكون المراد به نفي النقصان عن السدس مطلقا فلا مجال لان يكون المراد به رواية الجامع الصغير كما لا مجال لان يكون المراد به رواية الاصل وقد كنت نبهت عليه فيما مر آنفا قوله ولانه يذكر ويراد به السدس الى آخره قال صاحب العناية قوله ولانه يذكر ويراد به السدس الى آخره مشكل لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما فسر الاول بعض الشارحين فقال يعني انه كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطي السدس بما ذكرنا ان السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اكثر منه يعطي لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس السهام وان كان اكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس فانه قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس فاتمه عملا بالدليلين انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء على قوله فان قال في الكتاب لا يزاد عليه حيث قال فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقا بل على تقدير كون اخس السهام ناقصا عن السدس فيصلح ذلك دليلا لما في الكتاب انتهى اقول قد مر منا غير مرة ان قول المصنف رح في تعليل هذه المسئلة من قبل ابي حنيفة رح بقوله ولان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رض وقد رفعه الى النبي عليه السلام يقتضي كون المراد من مسئلة الكتاب نفي الزيادة مطلقا فلا يصلح ما ذكره بعض الشارحين دليلا عليه كما قاله صاحب العناية ثم قال صاحب العناية واما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما فتؤدي الى النقصان عن السدس في الكتاب الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس وايضا قوله ما ذكرنا ان اريد به السدس فلا تعلق له بقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه تيم بقول اياس وان اريد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس انتهى وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عن قوله وايضا قوله ما ذكرنا الى آخره حيث قال لم لا يجوز ان يكون معنى الكلام ان السهم يذكر ويراد به السدس ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتصحيحه باثر ابن مسعود رضي الله عنه فليتأمل انتهى اقول ليس هذا بشيء لان اثر ابن مسعود رض هو الدليل الاول فلو كان معنى الدليل الثاني ما ذكره

ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان **قال** ومن قال سدس مالي لفلان
ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سهم من مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله
سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة اذا اعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة **قال** ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه
وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما
اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة
فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما **قال** ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج
من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع
جبرا بالقسمة ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة وقيل هذا على قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة
فيها وقيل هو قول الكل لان عند هما للقاضي ان يجتهد ويجمع ومع الاجتهاد يتعذر الجمع والاول اشبه للفقه المذكور **قال** ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له

ذلك القائل كان مدار هذا الدليل ايضا اثر ابن مسعود رضـ فيلزم التكرار والاستدراك كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية وارى ان المراد بقوله ما ذكرناه هو الاقل فيهما ليكون معنى النسختين واحدا واشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على ان المذكور في الكتاب من قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين انتهى اقول هذا الذي ذهب اليه معنى سقيم جدا لا ينبغي ان يذهب العاقل فضلا عن مثل المصنف الفطن الكامل فان قوله فيعطى ما ذكرناه مذكور بصدد اقامة الدليل على ما قدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح منه الاشارة في الدليل الى ما يخالف المدعى وينافيه ثم ان كون المذكور في الكتاب مركبا من روايتي المبسوط والجامع مما لا يحتمله كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وانما هو مركب من روايتين **قوله** ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان قال صاحب التسهيل اقول دل هذه المسئلة على ان احدا لو اقر بمجهول كقوله لفلان علي دين ولم يبين قدره فمات مجهلا يجبر ورثته على البيان وكذا لو اقيم البينة على اقراره بمجهول ينبغي ان يقبل ويجبر على ورثته البيان انتهى ورد عليه بعض المتاخرين حيث قال نحو النقل بذلك قلت ما ذكره قياس مع الفارق لان الاقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له فاذا فات الجبر في حيوته بوفاته سقط سيما اذا كان بتقصير من المقر له فلم يثبت عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير الا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احياء الحق ثابت انتهى اقول ليس هذا الرد بسديد لانهم صرحوا بانه ليس من شرط القياس ان يكون المقيس في معنى المقيس عليه من كل الوجوه بل يكتفي الاشتراك في علة هي مدار الحكم في المقيس عليه فمجرد الفرق بين ما نحن فيه وبين الاقرار المجهول في كون تعلق حق الغير به في الاقرار من وقت الاقرار وفي الوصية بعد الموت لا يضر لصحة القياس المتفهم مما ذكره صاحب التسهيل وانما يضر بها الفرق في العلة التي هي مدار الحكم وهو ليس بمتحقق ههنا فانه لما كان منشأ مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصي الذين يقومون مقام الموصي احياء الحق ثابت بالوصية كان ينبغي ان يثبت الحكم بالبيان لورثة المقر بالمجهول ايضا اذا مات مجهلا احياء الحق ثابت بالاقرار فقول ذلك البعض فاذا فات الجبر في صورة المقر بوفاته سقط ان اراد به انه سقط عنه الحق اصلا فليس بصحيح اذ لا شك انه لا يسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركته وان اراد به انه سقط عنه الجبر لعدم امكانه وان كان بقي اصل الحق عليه فهو مسلم لكن لا نسلم قوله فلم ينب عنه ورثته فانه لما بقي حق المقر له عليه وكان ذلك عليه مجهولا محتاجا الى البيان لعدم امكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزا عن البيان بعد موته كان ينبغي ان ينوب عنه ورثته في البيان كما في الوصية بالمجهول تامل تقف **قوله** ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه لان الكلام الثاني يحتمل انه اراد به زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد به ايجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفا وعند الاحتمال لا يثبت له الا القدر المتيقن فجعل السدس داخلا في الثلث حملا لكلامه على المتيقن هذه زبدة ما في الشروح قال بعض المتاخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال هكذا قالوا وهذا كما يرى حمل للكلام على احد محتمليه ولك ان تقول لما كان الكلام محتملا للمعنيين وكان القدر الثابت به متعينا على الاحتمالين الثلث قلنا ما ثبت به من الوصية هو الثلث لكن لا بطريق حمله على احد محتمليه كما زعموا بل بجعله بمنزلة ان يقال هذا ثلث مالي وصية لان المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا باولهما الى ههنا كلامه اقول ليس هذا بشيء اذ لا شك ان المتيقن ثبوت الثلث باول الاحتمالين فان زيادة السدس على السدس كما هو الاحتمال الاول تقتضي ثبوت الثلث بلا ريب وانضمام الاحتمال الثاني اليه انما يفيد جواز ارادة النصف ولا تاثير له في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك فالمعنى الصحيح ههنا ما ذكره الجمهور لا ما زاده ذلك البعض من عند نفسه قال صاحب العناية

لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه **قال** ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون لكل واحد منهما نصفه بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث **قال** ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية

فان قيل اذا اجازت الورثة كان الواجب ان يكون له نصف المال والا لم يبق له واجازت الورثة فائدة فالجواب ان معناه حقه الثلث ولكن اجازت الورثة لا السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل ان يراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد بها ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا في الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث انتهى اقول في قوله وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث بحث لان ما يملكه انما يكون هو الايصاء بالثلث اذا لم يجز الورثة واما اذا اجازت كما هو المفروض ههنا فيملك الايصاء بما زاد على الثلث ايضا فيملكه المجاز له كما تقرر في الموصى عندنا كما مر في اوائل هذا الكتاب فلا يتم هذه العلة تدبر **قوله** لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه اقول فيه تامل فانه انما يظهر ان لو كان حق الموصى له في العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع في العين والدين معا كما صرحوا به وقالوا الاصل فيه ان الوصية المرسلة تكون شائعة في كل المال لكون الموصى له في ذلك شريك الورثة وعن هذا لا يأخذ الالف كملا في صورة ان لم يخرج الالف من ثلث معين واذا كان حق الموصى له شائعا في جميع التركة الذي هو الدين والعين كشيوع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصى له بالعين في صورة ان خرج الالف من ثلث العين بخسا في حق الورثة كما في الصورة الاخرى اذ يلزم حينئذ ان يأخذ الموصى له جميع حقه من العين الذي له فضل على الدين ويأخذ الورثة بعض حقهم من العين وبعض حقهم من الدين وهذا بخس في حقهم لا محالة ومناف لما تقتضيه حق الشركة من تعديل النظر للجانبين فليتأمل ولعله يسكب فيه العبرات **قوله** ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واندفع بقوله فلا يزاحم الحي ما اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحيوة فمات احدهما فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل تقوم ورثته فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث انتهى اقول في تقرير الشارح المذكور ههنا قصور اما اولا فلانه اضاف الى اندفاع الاشكال بالمسألة التي ذكرها الى قوله فلا يزاحم الحي مع ان اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لان الميت ليس باهل للوصية في الحقيقة وانما قوله فلا يزاحم الحي متفرع على ذلك والاصل ان يضاف الحكم الى الاصل دون الفرع واما ثانيا فلان الظاهر من قوله لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ان يكون المراد المزاحمة المنفية في قول المصنف ره فلا يزاحم الحي هو المزاحمة حال الملك وهي حال موت الموصي وذلك مع كونه غير تام في نفسه لانه اذا اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وهما بالحيوة فمات احدهما قبل موت الموصي كان للباقي منهما نصف الثلث لا كله كما صرحوا به مع ان العلة هناك ايضا التزاحم وان التزاحم فيها انما يتصور في حال ايجاب الموصي لا في حال الملك اذ كان احدهما ميتا في حال الملك ولا تزاحم للميت غير مطابق لما ذكره الشارح المذكور في تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال ولم يفرق بين علم الموصي بحيوته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه انتهى واما ثالثا فلانه لم يتعرض لبيان اندفاع الاشكال بمسألة اخرى ايضا بعبارة الكتاب هي اي تلك المسألة اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحيوة فمات احدهما قبل موت الموصي فان للثاني نصف الثلث هناك ايضا كما ذكرنا من قبل مع ان التعليل المذكور في الكتاب يفيد اندفاع ذلك ايضا فالتقرير الظاهر الواسع في شرح هذا المقام ما افاده صاحب النهاية حيث قال وبهذا التعليل خرج الجواب عما لو ورد شبهة على هذه المسألة بان قال لنا ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما لو اوصى لزيد وعمرو وهما بالحيوة ثم مات الموصي ثم مات احدهما كان للباقي نصف الثلث من نصف الآخر لورثة الميت منهما وكذلك لو مات احدهما قبل موت الموصي كان للباقي نصف الثلث ولكن هنا كان النصف الآخر للموصي لما ان في المسألة الاولى قد تمت الوصية لهما بموت الموصي ثم بعد موت احدهما لا يبطل حقه بل تقوم

وان قال له شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافها الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافها الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد رحمه الله ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القران فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلثة الثلث قال ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد رحمه الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه قال

وراثة فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث وفي المسئلة الثانية لما مات احدهما قبل موت الموصي بطلت حصته لان الوصية في معنى عقد مضاف الى ما بعد الموت فيشترط بقاؤه الى حين وجوب الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصي فيبطل نصيبه كما لو مات احد الورثة قبل موت المورث وللآخر نصف الثلث لان الانقسام قد حصل بينهما عند الايجاب لكون كل احد منهما اهلا للايجاب الوصية له فبطلان حق احدهما لا يزاد نصيب الآخر كما لو رد احدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث وهذا كله على خلاف مسئلة الكتاب فان فيها للحي كل الثلث لان الميت ليس من اهل الوصية له فانما ينتقص حقه باثبات المزاحمة ولم يثبت المزاحمة حيث كان الآخر ميتا فبقي الثلث للحي منهما بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان وللموتى فالثلث كله لفلان الى هنا لفظ النهاية فتبصر قوله ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعله جزءا من الغنم اعلم انه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له ولا غنم له الواقعة في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية اعلم انه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن اذا لم يكن له غنم لا يلزم ان لا يكون له شاة لاحتمال ان يكون له واحد لا كثير فعبارة الهداية تناولت صورتين ما اذا لم يكن له شاة اصلا وما يكون له شاة لا غنم له ففي الصورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تتناول الا الصورة الاولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية اشمل لكن هذه احوط انتهى كلامه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد يصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي فان الحنطة اسم جنس لا اسم جمع انتهى وقال في حاشيته اخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في الصورتين انتهى وقصد بعض المتأخرين ان يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الافاضل بما حاصله ان عبارة الوقاية هي الصواب وان الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم ان الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تسليم ان الغنم جمع او اسم جمع لا اسم جنس ان نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب وانه لا يصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لانه اوصى بشاة من غنمه فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة الى هنا كلامه اقول الظاهر عندي مما ذكروه في تعليل هذه المسئلة ان يصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الموصى في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجودا حينئذ فيصير الوصية بشيء موجود لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية هنا سوى كون الموصى به معدوما فاذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع نعم لا يوجد حينئذ ما اضيفت الشاة اليه من الغنم على تقدير ان يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكن المقصود من الاضافة الى الغنم تعيين ان مراده عين الشاة لا ماليتها ويحصل ذلك المقصود من مجرد الاضافة اليها ولا يقتضي وجودها البتة كوجود الشاة التي هي الموصى به ومما يرشد الى كون جواب هذه المسئلة فيما اذا لم توجد شاة اصلا انه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزءا من الغنم وانه [illegible] ولا وجود له عند الموت ايضا فلا يصح انتهى تأمل تفهم قوله واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة وهذا استحسان كان القياس ان لا تصح الوصية لهن لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فحق انما يستحق الوصية بعد موت مولاها وبعد موته لا حال حلول العتق بها فالعتق محلها وهي امة مستحقة وهي امة والوصية لامة لمن غير فعتقها باطلة وجه الاستحسان ان الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله ان يقصد بها انصابه وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من الشراح الى الذخيرة اقول فيما ذكروا

قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما تلوناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربع مائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال فان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه

في وجه القياس نظر لان قولهم وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع لان حال حلول العتق بها انما هي حال موت مولاها لا بعد موته اذ لا شك ان ام الولد تعتق بموت مولاها ولا يتأخر عتقها الى ما بعد موته فهي بعد موت مولاها حرة فلم يكن الوصية لام الولد وصية للامة في شيء فلم يتم وجه القياس ولم يحتج الى ما تكلفوا في وجه الاستحسان ولعل الامام قاضيخان والامام المحبوبي عن هذا قالا انما جاز الوصية لامهات اولاده فلان اوان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فيجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلا عنهما ثم قال في العناية فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة فلم يعتق بعد موته وام الولد ليست اقل حالا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا اجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا او مضافا بخلاف ام الولد فان الوصية ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثمة وصية اصلا ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال اما ان صادفتها بعد موت المولى وهي حرة او امة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية ايضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل الى هنا لفظ العناية اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد ان ذكر ما قبلهما على الوجه الذي قرره لان الترديد الواقع في هذا السؤال ان كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشق الاول متعين ولا معنى لقوله فلا وجه لنفي القياس فان كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشق الثاني مختار والفرق بين ام الولد والعبد الموصى له بثلث المال علم في جواب السؤال الاول قطعا فلا معنى للاعادة **قوله** ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة قال صاحب النهاية وهذا استحسان وفي القياس له نصف كل مائة لان لفظ الاشتراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما اوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب ان يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان انه اثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة وانما يثبت المساواة اذا اخذ من كل واحد منهما ثلث المال انما اخذ من كل واحد منهما نصف المائة يفضل بمائة فلا يثبت المساواة بينهم ولانه اشركه معهما جملة واحدة فلا يعتبر باشتراكه اياه مع كل واحد منهما منفردا انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه بحث لان الشركة للمساواة لغة كما صرح به المصنف فيقتضي لفظ الاشتراك التسوية بلا ريب فان كان معنى قول الموصي للثالث قد اشركتك معهما اشتراكه معهما جملة واحدة اي التسوية بين الكل لا اشراكه مع كل واحد منهما منفردا اي التسوية مع كل واحد بنصف نصيبه فلا معنى لوجه القياس المذكور وان كان معناه هو الثاني فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور وبالجملة ما ذكره الشارحان المزبوران من وجهي القياس والاستحسان معنيان متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد فمعنى كلام الموصي لغة وعرفا احدهما لا غير فلم تصح هذه المسألة للقياس والاستحسان على ما ذكراه وعن هذا لم ار احدا ذكر القياس والاستحسان في هذه المسألة سوى ذينك الشارحين والذي يظهر من كلام المصنف هو ان التسوية بين الكل هي المعنى الحقيقي فيما يمكن تحقق المساواة بين الكل الا انه يحمل على المساواة مع كل واحد بنصف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان وبهذا فرق بين المسألتين كما ترى ولا غبار فيه **قوله** والقياس ان لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان يعني لا يحكم به الا اذا اقر ببيان من جهة المقر وقد فات بموته كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كما في الوصية بالمجهول مثل ان اوصى بجزء من ماله فانه يقال هناك للورثة اعطوا ما شئتم بناء على انه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان كما مر في الكتاب من قبل **قوله** واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الى آخره قال صاحب العناية حاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبهة الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبهة الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين انتهى فقد سبقه

وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره **قال** ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار فاخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا **قال** ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدري ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل **قال** الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لا حق له في الجيد بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الرديء هو الرديء الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة **قال** واذا كانت الدار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة فينفذ الاول ويوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموا ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه

تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه اقول فيه كلام وهو ان اصل مجموع الشبهين ان كان ما مراد اجنبيا كما هو الظاهر المعروف مما بالهم لم يعللوا تشبيه الاقرار في هذا التصرف اذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كما اذا قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الاقرار قطعا حيث لم يجعلوا له حكما اصلا في تلك الصورة وان لم يكن ذلك امرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسئلة في هذه الصورة واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في اقل منه بل يؤخذ بقول الورثة واصحاب الوصايا فتامل انتهى وقصد بعض المتاخرين ان يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يخفى التصديق في الثلث فالمعنى لا يصدق صريحة ودعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه انتهى اقول ليس هذا بمستقيم فان مراد ذلك المعترض انه لا يؤخذ بقول المدعي في هذه الصورة لا في الثلث ولا في اقل منه كما لا يؤخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة واصحاب الوصايا بالغا ما بلغ فمن اين نظهر اعتبار شبه الوصية وليس مراده ان قول صاحب العناية فباعتبار شبهة الوصية لا يصدق على الزيادة يدل على ان يصدق في الثلث وما دونه وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك المجيب فتامل تقف ثم ان الامام الزيلعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح الكنز هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث لا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث وههنا لزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث على تقدير ان يكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في ايديهم من الثلث شيء فوجب ان لا يلزمهم تصديقه انتهى اقول هذا الاشكال ساقط جدا اذ لا يلزم الورثة في هذه الصورة ان يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث وانما اللازم لهم و لاصحاب الوصايا في هذه الصورة ان يصدقوه فيما شاؤا وليس في هذه الصورة الزام الورثة ان يصدقوه في اكثر من الثلث فان اصحاب الوصايا فيما اذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لا ياخذون الثلث بطريق التملك التام بل انما ياخذونه بطريق العزل والافراز فكان ذلك الثلث باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاؤا ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في ايديهم من جهة العزل والافراز ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في ايديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعي ايضا فيكفي جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال ومن هذا قالوا ان هذا التصرف شبيها بالاقرار والوصية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا بالشبهين تامل ترشد **قوله** وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك قال بعض المتاخرين ينبغي ان لا يحلف الورثة اذا بلغ ما اخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه ويحلف اصحاب الوصايا بالبقاء شيء من الثلث في ايديهم فتامل انتهى اقول ليس هذا الكلام بصحيح اما قوله ينبغي ان لا يحلف الورثة اذا بلغ ما اخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه فلان تحليف الورثة فيما اذا كان ما ادعاه زائدا على الثلث ليس بموجب هذه المسئلة بل لكون المدعي هناك ممن يدعي حقا لنفسه من تركة الميت ولا ريب انما ادعاه ما زاد على الثلث من تركة الميت لا يمنع صحة الدعوى فاذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة اذا انكروا واما قوله ويحلف اصحاب الوصايا بالبقاء شيء من الثلث في ايديهم فلان دعوى الدين لا يختص بالثلث الذي في ايدي اصحاب الوصايا بل لا يختص بثلث مال الميت مطلقا والمدعي فيما اذا ادعى زائدا على الثلث انما يدعي الدين في حق الزيادة على الثلث لا الوصية حتى لو ادعى الوصية فيه لا يسمع دعواه راسا فضلا عن التحليف **قوله** ومعنى جحودهم

ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء
وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به والتمليك اذا كان المقصود
ما امكن لانه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه تجمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير على اعتبار احد الوجهين
والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق العبد وطلاق المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق الولد الحي ثم اذا وقع
البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له
وهذا عند محمد رح فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على
احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين فتصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رح

ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك اقول في ظاهر تعبير المصنف رح ههنا فساد لان هلاك حق كل واحد منهم انما يتصور فيما اذا ضاع
الاثواب الثلثة معا والمفروض في وضع المسئلة ان يضيع ثوب واحد منها غير معلوم الخصوصية فكيف يصح ان يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك
قد هلك فانه كذب ظاهر لا ينبغي ان يسمع اصلا فضلا من ان يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك يقتضي الاعتراف
بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه والاولى في التعبير ما ذكره شراح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والامام قاضيخان وهو ان المراد بجحود الورثة ان يقولوا
حق واحد منكم بطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم اليكم شيئا والذي يمكن في توجيه كلام المصنف رح ان يكون مراده بمعنى جحودهم ان يقول الوارث
لكل واحد بعينه الثوب الذي قد هلك يحتمل ان يكون حقك فكانه تسامح في العبارة بناء على ظهور المراد ووافقه صاحب الكافي في هاتيك العبارة مع ظهور كونها
قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة قال صاحب العناية فيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة
الافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة واجيب
بانه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه كذلك
فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكره ههنا لان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم يكن
من جنس واحد والى هذا اشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه انتهى وقد سبقه الى اصل هذا السؤال والجواب المذكورين صاحب النهاية
اقول قد خبط الشارحان المزبوران في الجواب المذكور جدا حيث قصدا التوفيق بين كلامي المصنف رح في المقامين ولكن خالفا صريح ما ذكره المصنف رح في كتاب
القسمة وما اطبقا عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك فان المصنف رح قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض مطلقا
الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد وقال ومعنى المبادلة مما يجري فيه الجبر
كما في قضاء الدين ثم ان كل الشارحين وسائر الشراح في شرح ذلك المقام لما اوردوا على ذلك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لا يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما
اجبر على القسمة في شئ من ذلك اجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد و
لا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة مما يجري فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير كما في قضاء الدين والديون تقضى بامثالها فصار ما يؤدي بدلا عما في ذمته انتهى ولا يذهب
على ذي مسكة ان مضمون الجواب المذكور ههنا ما ينافي ذلك والصواب في حل مراد المصنف بقوله ههنا ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع على وجه يندفع
عنه السؤال الذي يحمل الشارحان المزبوران لدفعه ما تحملاه ان يقال يعني ان معنى المبادلة وان كان ظاهرا في غير المكيل والموزون الا انه يجعل ذلك المعنى
في هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الافراز فيها مقصودا تصحيحا لتصرف الموصي وقصده بل المنفعة فان مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت وقد صرح
عن هذا المعنى الامام قاضيخان حيث قال ولهذا ان القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وان كانت مبادلة من وجه حتى لا ينفرد واحد بها بالقسمة ولو اشتريا دارا واقتسما
لم يكن لاحدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى فهي افراز في حق بعض الاحكام الا يرى انه يجبر عليها ولو بنى احدهما في نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الارض
لا ترجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة في القسمة والمشتري لو قاسم البائع لم يكن للشفيع نقضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكان الحكم
على عكسها فثبت انها افراز من وجه مبادلة من وجه فيجعل افرازا في حكم الوصية تصحيحا للوصية لان مبناها على المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا صحت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالثمرة والغلة
واذا جعلوا القسمة افرازا ظهر انه اوصى بما يملكه انتهى تدبر **قوله** وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوض كما ذكره

والفرق هو ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي قال واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فياخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضي بها ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال ابو حنيفة رحمه الله ياخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي ثلاثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

فصل في اعتبار حالة الوصية

يعني في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول ليس قدر ذرعان جميعه ما وقع في نصيبه عوضه اي عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة في نصفه الآخر لان الدار بجميع اجزائها كانت مشتركة بين الموصي وصاحبه فيكون ذلك البيت وما وقع في نصيب الموصي مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة انما يتصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه ذلك مما وقع في نصيب الموصي فباقيان على حالتهما الاصلية في ملك الموصي وصاحبه فلم يكن قوله الا انه عوضه صالحا لان يكون دليلا مستقلا في افادة المطلوب ههنا وهو ان يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصى له عندهما فيما اذا وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة احد الدليلين الاثنين وتحرير المصنف ههنا يقتضي استقلاله كما ترى فتامل **قوله** والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملك يؤمر بالتسليم الى المقر له الخ اقول فيه كلام وهو ان هذا الفرق انما يمشي في صورة ان وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصي واما في صورة ان وقع بعدها في نصيب الآخر فلا لان الموصي حينئذ كان مقرا بملك الغير لغيره ولم يصر ملكا له بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه الى المقر له وسلمنا تعم الصورتين فلا يتم التقريب **قوله** وجه الاستحسان انه اقر بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده قال صاحب التسهيل اقول مضى في فصل اقرار المريض ان ابنه لو اقر باخ فجحده اخوه الآخر دفع اليه المقر نصف نصيبه كما قال زفر ههنا لانه اقر بالمساواة وعند مالك يدفع اليه ثلث نصيبه كما قال زفر ههنا لانه اقر بالمساواة وعندنا يدفع اليه ثلث نصيبه كما قلنا نحن ههنا والحاصل انا عملنا ههنا باصل مالك ثمه وعمل زفر ههنا باصلنا فلا بد للائمة الحنفية من الفرق بين الاقرار بالوصية والاخ ويحتمل ان يكون في المسئلة روايتان الى هنا لفظ التسهيل وقصد بعض المتاخرين ان يجيب عنه فقال بعد نقله قلت الفرق بينهما بين فان المساواة من اللوازم البينة للاخوة دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة فالاقرار بالاخ يتضمن الاقرار بالمساواة بخلاف الاقرار بالوصية فانه لا يتضمن الاقرار بها انتهى اقول ليس هذا بشيء فان الذي من لوازم الاخوة انما هو المساواة في جملة التركة لا المساواة فيما بعد في يد احد الآخرين فقط كنصف التركة مثلا والا يلزم ان كون حصة احد الامرين النصف وحصة مجموع الآخرين النصف وهذا ظاهر البطلان والمساواة في جملة التركة انما تقتضي كون حصة الاخ المقر له ثلث ما في يد المقر لا نصفه كما فيما نحن فيه من الاقرار بالوصية بثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسئلتين ثم ان قول ذلك البعض دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة ليس بتام ايضا لان المساواة انما لا يكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة واما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعا لانحصار الوارث في الابنين وكون اقرار احدهما بوصية المورث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسئلتين بوجه آخر كما لا يخفى

فصل في اعتبار حالة الوصية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما يتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض كذا في الشروح

وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة لأن الإقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض إلا أن الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً لأن حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله أما الهبة والوصية فلما قلنا إنه وارث عند الموت وهما إيجابان عنده أو بعده والإقرار وإن كان ملزماً بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار فيعتبر في إيراث تهمة الإيثار بخلاف ما تقدم لأن سبب الإرث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الإقرار أن لم يكن عليه دين يصح لأنه أقر لمولاه وهو أجنبي وإن كان عليه دين لا يصح لأنه إقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لأنه إذا تقادم العهد صار طبعاً من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وإن وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم

باب العتق في مرض الموت

قال ومن أعتق في مرضه عبداً أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا

قوله وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة قال صاحب النهاية وهذا بناء على أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثاً أو غير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الإقرار وجوازه كون المقر له وارثاً للحال لأن الإقرار تمليك للمال في الحال فمتى كان المقر له وارثاً يوم الإقرار لا يصح إقراره إذا كان المقر مريضاً انتهى وقد اقتفى أثره في هذا التقرير صاحب العناية أقول في عبارتهما خلل حيث قالا لأن الإقرار تمليك للمال مع أنهم قد صرحوا في كتاب الإقرار بأن الإقرار ليس بتمليك بل هو إظهار للمقر به وقالوا ولهذا لو أقر لغيره بالمال والمقر له يعلم أنه كاذب في إقراره لا يحل له أخذه وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها أن المريض إذا أقر بجميع ماله لأجنبي صح إقراره ولا يتوقف على إجازة الورثة ولو كان تمليكاً مبتدأ لم ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم إجازتهم فحق العبارة أن يقال لأن الإقرار تصرف في الحال كما قاله المصنف في أوائل كتاب الوصايا فتذكر **قوله** وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا قال صاحبا النهاية والعناية في شرح هذا المقام أي لا يصح الوصية والهبة له لأن الوصية مضافة إلى وقت الموت أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكره ههنا وذكر في كتاب الإقرار أنه لم يكن عليه أي على العبد دين يصح انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ما ذهبا إليه في شرح هذا المقام مما يأباه سداد المعنى وانتظام الكلام فإنهما حملا قول المصنف ره وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً على عدم صحة الوصية والهبة فقط مع أن الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلث المذكورة فيما قبل جميعاً وهي الإقرار والهبة والوصية لأنه كان حالها في هذه المسألة السابقة فانتظام إطلاق التشبيه في قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً يقتضي العموم لما في هذه المسألة أيضاً سيما مع انضمام قوله لما ذكرنا إليها فإن ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصور الثلث جميعاً بلا ريب ثم إن قولهما أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكره ههنا إن أرادا بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر ههنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورتا الوصية والهبة لم تذكرا ههنا بعينهما صراحة بل اندرجتا في إشارة قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق فما معنى جعل هذه المسألة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الإقرار وإن أرادا بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر ههنا أصلاً أي لا صراحة بعينها ولا اندراجاً في إطلاق إشارة شيء فهو ممنوع فإن مسئلتنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير ههنا على ما نقل في غاية البيان هكذا قال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له بوصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبداً فأعتق في هذا انتهى ولا يذهب عليك أن صورة الإقرار وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت إطلاق إشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبداً فأعتق في هذا فالحق أن مراد المصنف ره بقوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فأعتق لما ذكرنا هو أنه يبطل الإقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسألة أيضاً لدليل ذكرناه في المسألة السابقة وأن مراده بقوله وذكر في كتاب الإقرار إلى قوله قال والمقعد بيان أن في صورة الإقرار رواية بالصحة أيضاً وكذا في صورة الهبة وأما في صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلاً فتبصر ترشد

باب العتق في المرض قال جمهور الشراح الإعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل انتهى أقول فيه قصور لأن الإعتاق في المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة فإن الوصية إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف كما سيصرح به المصنف ره فكيف يكون هذا من أنواع الوصية نعم إنه في حكم الوصية إذا وجد في مرض الموت حينئذ حيث يعتبر من الثلث لا من جميع المال كما سيأتي أيضاً في الكتاب فالوجه أن يقال لما كان الإعتاق في المرض أمراً مغايراً لحقيقة الوصية ولكن كان في حكمها أفرده بباب على حدة وأخره

وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأه المريض ايجابا على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الاضافة دون حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال وان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة رح وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة

عن حقيقة الوصية لكونها هي الاصل **قوله** وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز اقول في عبارة المصنف هنا تسامح فان قوله جائز في النسخة الاولى محمول في الكلام وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الاول فالظاهر ان يقال مكان قوله فذلك كله جائز **قوله** وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ وكذا المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي اقول في هذا التحرير قصور بل خلل اما اولا فلان قيد من جهة الموصي في قوله فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي حشو مفسد لانه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا ايضا في الروايات كما صرحوا به على ان من يلحقه الفسخ من جهة غير الموصي كما في المحاباة مع ان الفسخ لا يلحق العتق من جهة احد اصلا وان لحق المحاباة من جهة غير الموصي وهو المشتري واما ثانيا فلان قوله وغيره يلحق الفسخ يوهم باطلاقه ان يلحق الفسخ المحاباة ايضا من جهة الموصي مع انه قال وكذا المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي فالحق في تحرير هذا المقام ان يقال فانه لا يلحقه الفسخ اصلا والمحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واما غيرها فيلحقها الفسخ من جهة الموصي وغير الموصي ايضا ثم ان كثيرا من الشراح منهم صاحب العناية قالوا في تفسير قول المصنف رح هنا وغيره يلحقه الفسخ اي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال انتهى اقول ليس ذاك بسديد فان العتق المعلق غير العتق الموقع ولهذا عطفه المصنف رح عليه فيما قبل حيث قال الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح مع انه لا يخفى ان العتق المعلق ايضا لا يلحقه الفسخ عندنا والحق ان يقال في تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ اي غير العتق الذي ذكرناه آنفا وهو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق يلحق بموت الموصي فحينئذ يستقيم المعنى جدا كما لا يخفى واللفظ ايضا يساعده لا محالة فان العتق الذي ذكرنا يعم العتق الموقع والعتق المعلق كما ترى **قوله** واذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا قال صاحب النهاية في تفسير قوله يستوي فيه من سواهما اي سوى العتق والمحاباة واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه سماجة ظاهرة فان كلمة من في قوله من سواهما تابى هذا التفسير جدا كما لا يخفى وكذا قوله من اهل الوصايا بعد قوله من سواهما ينافي ذلك كما ترى فالوجه في تفسير ذلك ان يقال اي سوى المعتق والذي حوبي له او سوى اهل العتق والمحاباة نعم يمكن تقدير المضاف في تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الاهل او لفظ الصاحب لكنه خلاف الظاهر في مقام التفسير اذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الاخفاء والتعمية فيتعين السماجة في تفسيرهما المذكور لا محالة **قوله** لهما في الخلافية قال صاحب العناية في بيان الخلافية وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العيني اقول هذا الشرح فاسد لان الخلاف بين ابي حنيفة رح وصاحبيه في كلتا المسئلتين المذكورتين وهما التي قدم فيها المحاباة على العتق والتي قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور من قبلهما وكذا الدليل المذكور من قبله يمشيان في تينك المسئلتين متقابلا كلفة كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لتفسير الخلافية هنا بما يخص المسئلة الاولى منهما والصواب في بيانها ان يقال هي التي اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء تقدم العتق على المحاباة او تقدم المحاباة على العتق **قوله** ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت قال في العناية الا يرى انه اذا اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان لفلان كان بينهم اثلاثا وصل او فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك ههنا انتهى وهكذا ذكر في النهاية وفي معراج الدراية نقلا عن الاسرار اقول لقائل ان يقول حكم الايصاء في صورة التنوير نازل وقت موت الموصي في حق كل واحد منهم لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فكان فيها معنى التعليق والحكم في التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذي هو الموت في حق كل واحد منهم في صورة التنوير زمان واحد فلهذا كان الثلث الموصي به لهم بينهم اثلاثا بخلاف ما نحن فيه فان العتق الموقع في المرض منجز غير مضاف الى ما بعد الموت وكذا المحاباة في البيع اذا وقعت في المرض والمنجز موجب الحكم في الحال لا محالة فينبغي ان يثبت الحكم في المقدم في الذكر قبل ان يثبت في المؤخر فيه فافترقت

وعلى هذا قال ابو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى في الكل قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة رحمه الله وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين الا ان يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء

قوله وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان قال في العناية فيه بحث وهو ان يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتاخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة ره وايضا لو حابى ثم حابى ولم تخرج من الثلث تحاصا وما ذكرتم من ان التقديم يقتضي الترجيح يستدعي ان ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول ان شرط الانتاج ان يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني انه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما حكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية اقول فيه نظر من وجوه الاول ان السوال الثاني غير متوجه على كلام المصنف ره اصلا اذ لم يقل المصنف ره قط ان التقديم مطلقا يقتضي الترجيح بل انما قال ان تقديم الاقوى يقتضي الترجيح كما في تقديم المحاباة على الاعتاق لكون المتقدم اذ ذاك اقوى لا لضعف المؤخر واما تقديم غير الاقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله دفع المؤخر الاقوى كما في تقديم العتق على المحاباة ولا دفع المؤخر المساوي كما في تقديم احدى المحاباتين على الآخرى على ما هو المذكور في السوال الثاني فلا اتجاه له اصلا على ما ذكره المصنف ره والثاني ان الجواب المذكور عن السوال الاول ليس بسديد لان لزوم النتيجة للقياس لذاته انما هو شرط الانتاج مطلقا لا شرط الانتاج في الجملة فانهم مصرحون في علم الميزان بان قياس المساواة وان لم يستلزم النتيجة لذاته الا انه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة اذا صدقت تلك المقدمة كما في قولنا ا مساو لب وب مساو لج فانه ينتج ويستلزم ان ا مساو لج بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهي التي ان كل مساوي المساوي مساو والسوال الاول بمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى والثالث ان الجواب المذكور عن السوال الثاني مما لا حاصل له فاذا اريد به ان تنفيذ المحاباتين جميعا ثم نقضهما بعد الموت يرتفع تقديم احدهما على الآخرى فذلك امر ليس له العقل وان اريد به ان التقدم والتاخر بينهما باقيان ولكن لا تاثير لهما في ترجيح المتقدم على المؤخر في تلك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السوال المبني على كون ما ذكره المصنف ره ان التقديم يقتضي الترجيح مطلقا فالصواب في رد السوال الثاني ما نبهنا عليه آنفا من ان الذي ذكر في الكتاب ان تقديم الاقوى يقتضي الترجيح لا ان التقديم مطلقا يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك السوال وفي دفع ذلك السوال الاول ما ذكره صاحب معراج الدراية نقلا عن الفوائد الحميدية حيث قال فان قيل ينبغي ان يقسم الثلث بين الكل اثلاثا لان المحاباة الثانية مساوية للاولى والعتق مساو للمحاباة الثانية وكان مساويا للاولى لان المساوي للمساوي مساو قلنا العتق مساو للثانية بمعنى بعينه وتقدمه عليها فلا يساوي الاولى وبهذا خرج الجواب عن الجواب عن اشكال آخر وهو ان يقال المحاباة ترجحت على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغي ان تترجح على العتق الا انه لان المساوي للراجح راجح لما مر ان رجحان الاولى بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه كذا او قال ينبغي ان لا يكون المحاباة الثانية بشيء لانها مساوية للعتق والعتق مرجوح

فصل قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى اواخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوى رحـ انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن ابى يوسف رحـ وفى رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد رحـ وجه الاولى انهما وان استويا فى الفريضة فالزكوة تعلق بها حق العباد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها فى القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت فى الكفارة والكفارة فى القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف فى الاضحية

والمساوى للمرجح مرجح كذا فى الفوائد الحميدية انتهى فتامل

فصل ترجم هذا الفصل فى مختصر الكرخى بباب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث كذا فى غاية البيان وقدم المصنف رحـ باب العتق فى المرض على هذا الفصل لقوة العتق فى المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل كذا فى عامة الشروح **قوله** ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى اواخرها اقول يشكل اطلاق هذه المسئلة بالعتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى على اصل ابى يوسف رحـ ومحمد رحـ فان العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقرر فى محله ومر فى الباب السابق ايضا مع انه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وان كان نفسه من التطوعات كما صرح به فى عامة المعتبرات وذكر فى النهاية وغاية البيان ايضا نقلا عن شرح الطحاوى فتامل **قوله** لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم اقول يرد على ظاهر هذا التعليل انه ينافى قوله فى وضع المسئلة قدمها الموصى اواخرها اذ على تقدير ان آخر الفرائض تكون بداية بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداية هناك بالاهم اذ لا شك ان الاهم هو الفرائض فكيف يمشى هناك ان يقال الظاهر منه البداية فى الاعطاء والتمليك لا البداية والذكر والتلفظ فالمعنى ان الظاهر من حال الموصى البداية فى الاعطاء والتمليك بما هو الاهم فى الشرع وان آخره فى الذكر والتلفظ ووجه آخر وهو ان يكون المراد بالبداية المذكورة بداية من ينفذ وصاياه ويؤديها الى محلها من الوصى والقاضى ونحوهما لا بداية نفسه فالمعنى ان الظاهر من حال الموصى ان يقصد بداية من ينفذ وصاياه ويصرفها الى محلها بما هو الاهم فى الشرع من بين ما ذكره نفسه **قوله** فان تساوت فى القوة بدئ بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر يبتدئ بالاهم يعنى ان تساوت الوصايا التى من حقوق الله فى القوة ان كان كلها فرائض او واجبات او نوافل بدئ بما قدم الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر من حال الانسان ان يبتدئ بالاهم اقول لقائل ان يقول فى تمام التعليل نظر اذ الظاهر ان الاهم فى حقوق الله تعالى ما هو الاقوى منها والمفروض فى وضع مسئلتنا هذه تساوى تلك الحقوق فكيف يتصور اهمية بعضها من بعض وان وجد التفاوت بينها فى القوة من جهة بعد تساويها فى القوة من جهة الفرضية او الوجوب او التنفل فالظاهر ان اهمها ما هو اقواه فى اعتبار الشرع دون اعتبار الموصى فان اريد بالاهم فى قوله لان الظاهر يبتدئ بالاهم ما هو الاهم اى الاقوى فى اعتبار الشرع فلا نسلم ان الظاهر ان يبتدئ به اذ لا يهتدى كل احد الى معرفة ما هو الاقوى فى اعتبار الشرع من بين الفرائض او الواجبات او النوافل فكيف يجعل ابتداؤه بشئ منها دليلا على كونه اقوى من غيره فى اعتبار الشرع وان اريد بالاهم فى ذلك ما هو الاهم عند المبتدئ كما صرح به فى الكافى حيث قال لان الظاهر من حال الانسان ان يبتدئ بما هو الاهم عنده فيكون الظاهر ان يبتدئ به مسلم لكن كون مثل هذا الظاهر موجبا للبداءة فى التنفيذ والاداء بما قدمه الموصى فى الذكر مع العلم بكون ما آخره اهم فى اعتبار الشرع غير واضح فان كون الظاهر من حال الانسان ان يبدأ بما هو الاهم عنده متحقق فى المسئلة المتقدمة هنا ايضا مع انه لم يعمل به هناك بل هو الاهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصى او اخر فليتدبر فى الدفع ثم ان صاحب العناية قصد تعليل المسائل المتعلقة بهذا المقام ضبطا فقال ثم هى اى الوصايا اما ان يكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او يجمع بينهما فما للعباد تقدم ذكرها وما لله تعالى اما ان يكون كله فرائض كالزكوة والحج والصوم والصلوة او واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك ينفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة وان لم يجيزوا فان كان كلها لله وهى فرائض كلها او واجبات كلها او تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى او آخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم انتهى كلامه اقول فى تقريره خلل لان قوله مفعول

وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحد في نفسها مقصود فتنفرد كانفراد وصايا الآدميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحج على صفة عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده ولابي حنيفة ان الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب والله اعلم

في قوله وان لم يتحيز فيها الا ان يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات والنوافل او يرجع الى مطلق الوصايا جامعة كان بينها او غير جامعة فان حملت الى الاولى كما هو الظاهر من سياق كلامه حيث قال فان جمع بينها فساق كلامه الى آخره يلزم منه ان لا يصح قوله فان كان كلها لله وهي فرائض كلها او واجبات او متطوع لان الوصايا التي كلها فرائض والتي كلها واجبات والتي كلها تطوع ليست من الوصايا الجامعة بينها كما ذكر من قبل فكيف يتصور ان تجعل ههنا اقساما لها وان رجع الى الثانية فمع كونه منافيا لسياق كلامه يلزم ان يكون كثير من الاقسام مع احكامها مهملا متروكا في مقام تفصيل ذلك مثل ان يكون الوصايا كلها فرائض او واجبات او نوافل والثلث يحتمل الكل او لا يحتمل ذلك ولكن اجازة الورثة فان كلا منها قد خرج بقوله فيما قبل فان جمع بينها ولم يذكر فيما بعد اصلا فيفوت المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع ثم ان الشارح المذكور انما وقع فيما وقع فيه بزيادة قوله فان جمع بينها بعد قوله او يجمع بين هذه الوصايا كلها ولو سلك في تقرير مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الى آخره لسلم عن جميع ما ذكرنا في بيان تمام تعقيبه قوله وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال الشراح فمن ذلك ان يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بايجاب الشرع وكون النذور واجبة بايجاب العبد انتهى اقول لقائل ان يعارض ويقول عرف بعض النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي ان يقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة في القتل والظهار واليمين عليها لذلك على ما ذكر في الكتاب قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد الى آخره وفي غاية البيان قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي فان قيل اذا كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغي ان تقدم على الوصية للانسان لان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية انتهى اقول في الجواب نظر فانه منقوض بالعتق الموقع والعتق المعلق بموت الموصي وبالمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض فان كلا منها تقدم على سائر الوصايا ما كان لله وما كان للعبد لقوة العتق من حيث انه لا يلحقه الفسخ اصلا وقوة المحاباة ايضا من حيث انه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي كما مر في باب العتق في المرض ولو لم يعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعها مع وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في المحاباة هو العبد وفي حقوق الله هو الله تعالى فقد اختلفت المستحق وكذا الحال في العتق الموقع في المرض والمعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند ابي حنيفة رحمه الله لان العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عندهما لان العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرف فتدبر قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره الى آخره قال صاحب العناية قولهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الى آخره مدفوع بقوله عليه السلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منها ورد بان للكفارة اذا اطعم بعض المساكين فمات واوصى به وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعم بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب ابي حنيفة رحمه الله عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزى في حق الامر بدليل ان الاول لو بدا له في الطريق ان لا يحج بنفسه بعدما مشى بعض الطريق وفرض الا ان يحج غيره ويرضى الوصي لم يجز ولزمه رد ما انفق واما الاطعام فانه يقبل التجزي حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وامر به غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في الاطعام مستند الى الكتاب فانه اقوى وان كان دالا في الحج لم يكن فيه دليل اقوى من الحديث فعمل به الى هنا لفظ العناية اقول السؤال والجواب الاول ذكرهما بقوله ورد واجيب مذكوران في النهاية وغيرها وتصرف هذا الشارح نفسه انما هو في قوله وهذا ليس بدافع الخ وليس بتام اذ ليس مدار الجواب المذكور على ان المتجزي لا ينقطع وغير المتجزي ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من ان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره في الانقطاع لا يظهر في المتجزي وانما يظهر في غير المتجزي فان كل عمل غير متجز اذا انقطع قبل التمام يبطل من الاصل بالكلية ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلاة

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رح وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء كلهم يسمى جيرانا عرفا وقد تايد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد وفسر بكل من سمع النداء ولان المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رح الجوار الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما

وانه غير متجز فاذا انقطع بموت الحاج في الطريق وجب ان يحج من بلد الموصي اذ الواجب على الوجه الذي وجب عليه بخلاف العمل المتجزي فانه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه ان يبطل من الاصل بل يجوز ان يتم الآخر ما بقي منه كما اذا اطعم المامور بالاطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وامر غيره فانه يجزيه كما نص عليه في الاسرار وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعا للسؤال قطعا ولعدم فرق الشارح المزبور بين الدارين قال في تقرير السؤال ولم ينقطع ما اطعمه بالموت والواقع في النهاية بدل ذلك ولم يبطل هناك ما اطعمه بالموت وفي معراج الدراية بدله ولم يجب الاستيناف هناك بل وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ثم ان مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله الا ان يقال المتجزي في الاطعام مستند الى الكتاب الى آخره على ان التجزي ينافي الانقطاع والا لم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزي الاطعام تعارض اصلا حتى يترك العمل بالحديث المذكور في حق الاطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته وقد عرفت ان التجزي لا ينافي الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في المتجزي وغيره الا ان الاكمال فيما بقي متصور في المتجزي دون غيره فلا يقتضي العمل بالكتاب في حق الاطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى فما ذكره الشارح المزبور ههنا من ضيق العطن كما ترى

باب الوصية للاقارب وغيرهم آخر هذا الباب عما تقدم لما ذكر في هذا الباب احكام الوصية لقوم مخصوصين وذكر فيما تقدم من احكام الوصايا على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم كذا في الشروح **قوله** ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو لا يدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بامر الجار انتهى كلامه اقول كل من توجيهيه كاسد اما الاول فلان الواو انما لا يدل على الترتيب الخارجي اي لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف عليه فيه واما تاخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فيه فامر ضروري ولا يخفى ان مدار قوله كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب على الثاني يعني لما قدم ذكر الوصية للاقارب في ترجمة الباب كان حق الكلام ان يقدم ذلك في بسط المسائل ايضا لتحصل التناسب بين الاجمال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارجي لا يدفع ذلك بلا ريب واما الثاني فلان الاهتمام بامر الجار لو كان واجبا او مستحسنا لفعل ذلك في ترجمة الباب بان قال باب الوصية للجيران وغيرهم ولما لم يفعله هناك علم ان اهتمامه كان بامر الاقارب فكان حق الكلام ههنا ان يساق على منواله رعاية للتناسب **قوله** ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع تصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق اوضحه في الكافي حيث قال ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع الا يرى انه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية صرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق انتهى ومن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف رح لما تعذر صرفه الى الجمع يعني لتعذر دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض اقول لقائل ان يقول عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض في الوصية لجيران الموصي لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصي نفسه على شيء من ذلك لا حقيقة ولا عرفا بخلاف من يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد محلته فان هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصي عرفا كما سيأتي في وجه الاستحسان فلا يلزم من تعذر صرفه الى الجميع تعذر صرفه الى اهل المسجد محلته كما قاله الامامان حتى يتعين صرفه الى اخص الخصوص كما قاله ابو حنيفة رحمه الله **قوله** ولان المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره اقول لقائل ان يقول نعم ان مقصود الموصي من الوصية لجيرانه بر الجيران لكن الجيران هم الملاصقون عنده لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره وان صير الى كون غير الملاصق ايضا من اهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير الى الدليل الاول فلا يكون لجعل هذا التعليل دليلا ثانيا كما هو مقتضى التحرير وجه كما لا يخفى **قوله** قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم اقول التعميم المستفاد من قولهم ويستوي فيه الساكن والمالك ينافي ما قاله فيما مر في قوله ممن يسكن محلة الموصي الا ان يكون ما نقله ههنا عن المشايخ رواية اخرى لكن اسلوب تحريره يأبى ذلك كما لا يخفى على الفطن وقال بعض المتاخرين

لان الوصية له وصية لمولاه وغيرهما كذا قال (ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته) لما روي ان النبي عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال (ومن اوصى لاختانه فالختن زوج كل ذات رحم محرم منه) وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال (ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة وقالا الوصية لكل من ينسب اليه الى اقصى اب له في الاسلام) وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يتقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى اب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى قال (واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عنده) اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب (ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين) لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال (ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة رح وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته) اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى واتوني باهلكم اجمعين

من قول المصنف رح ممن يسكن محلة الموصي الى آخره اشتراط السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما ملاكا او غيرهم وما نقله عن المشائخ عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا بدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فقال الى انتهى كلامه اقول ليس هذا بتام لان تخصيص خلافهما بالعبد الساكن انما يكون دليلا على عدم الخلاف في الحر الساكن لا على عدم الساكن في الحر الغير الساكن اذا كان ملاكا حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا ثم ان تعليل قولهما في العبد الساكن بقوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير الساكن بمنزلة الصريح في اشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية وان كانوا احرارا او ملاكا فانه قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير مالك فدل قطعا على ان عدم دخول العبد الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذي هو الموصى له في الحقيقة وهذا انما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية فلا معنى لاستنباط عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض **قوله** لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال بعض المتاخرين ولقائل ان يقول العلة او بدخوله كون نفسه موصى له ومستحقا للوصية فيبنى على انه لو عتق قبل موت الموصي صار مستحقا له ولا يغيره كونه عبدا وقت الوصية اذ العبرة لوقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقي وايضا الوصية بها للعبد ثم لمولاه لان العبد وما يملكه لمولاه فسكناه كاف في استحقاقه الوصية فقال الى هنا كلامه اقول كل من شقي كلامه غير صحيح اما الاول منهما فلان العبرة اذا كانت لوقت الموت دون وقت ايجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فيمن كان عبدا وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقيا لا محالة واما الذي كان عبدا وقت الايجاب ثم عتق قبل الموت فصار حرا وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعا لانه لما صار حرا في الوقت الذي له العبرة في احكام الوصية عامة هو وقت موت الموصي صار من قبيل سائر الاحرار بلا تفاوت فلا يصلح ان يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بلا ريب فكيف يحمل الكلام عليه واما الثاني فلانه لا شك ان ليس معنى الوصية للعبد ان يملك شيء للعبد تمليكا مضافا الى الموت فيملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد ابتداء لكن بطريق الخلافة عن ذلك العبد كما هو الحال في سائر التمليكات للعبد على ما صرحوا به والا يلزم ان يكون العبد اهلا للملك لنفسه ابتداء ولم يقل به احد فاذن كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التمليك له تمليكا لمولاه فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناه كاف في استحقاقه الوصية تامل ترشد **قوله** ومن اوصى لاصهاره قال صاحب النهاية اي لاقرباء امرأته وفي الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة انتهى واقتفى اثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحبا الغاية ومعراج الدراية اقول تفسير الاصهار في هذه المسئلة باقرباء المرأة لا يناسب قول المصنف رح فيما بعد وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار فان كلا منهم ليس من اقرباء امرأته مع انهم يدخلون في الاصهار بناء على كون كلهم اصهارا كما صرح به المصنف رح فالوجه ان تفسير الاصهار في هذه المسئلة بما هو اعم من اقرباء امرأته وقد جاء في اللغة جعل الاصهار اعم من اقرباء المرأة قال في الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة عن الخليل قال ومن العرب من يجعل الصهر من الاحماء والاختان جميعا انتهى وقال في القاموس الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه اصهار ثم قال وزوج بنت الرجل وزوج اخته والاختان اصهار ايضا انتهى تدبر **قوله** وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية اقول فيه بحث وهو انه ان اراد ان الوصية اخت الميراث في جميع الاحكام ممنوع

وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها
ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه
بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الام والاب ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم
والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان
بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم
وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة رح اول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور
يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث
يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم **قال** ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى
فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل
كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي رح في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف
حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم
عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام
النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله

وقد مر في الكتاب انه يجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم للاخلاف ولا توارث بينهما لاختلاف الدينين على ما تقرر في محله وكذا تقرر فيه ان تجوز الوصية للقاتل
عند اجازة الورثة اياها في مسئلة تمرينها عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ولا يجوز الميراث للقاتل عند احد ولو اجازة الورثة كما صرحوا به وكذا مر فيه آنفا في مسئلة الاقرباء لا وصية
يستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد ولا ميراث للعبد اصلا ولا يستوي في الميراث الاقرب والابعد على ما تقرر وان اراد ان الوصية اخت الميراث
في بعض الاحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب اذ الخصم لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو اول المسئلة ثم ان ابا حنيفة رح نفسه لم يعتبر الوصية
بين الاخوة والميراث في مسئلتنا هذه ايضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر كما قال به صاحباه وهذا
ما نص عليه الامام الزيلعي في التبيين حيث قال ويستوي فيه الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين انتهى وقد نص عليه في الكافي
وغيره ايضا ولا ميراث للعبد والكافر اصلا فضلا عن التساوي مع الحر والمسلم واما الانثى فانها وان ورثت الا انها لا تستوي مع الذكر في الاستحقاق
البتة فلم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في تلك الامور في مسئلتنا هذه ايضا فكيف يتم الاستدلال على مدعى ابي حنيفة رح ههنا بان الوصية اخت الميراث
فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ولعل صاحب البدائع تفطن له فلم يتعرض في الاستدلال على قول ابي حنيفة رح في هذه المسئلة لحديث الاخوة بين الوصية والميراث بل استدل
عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر في كتابه ذلك **قوله** وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تأهل ببلدة
كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة اقول في الاستشهاد بقوله تعالى وسار باهله نظر لانه انما يدل على ان لفظ الاهل يطلق على الزوجة بطريق الحقيقة ولا يدل على انه
لا يطلق على غيرها ايضا بطريق الحقيقة اذ لا يلزم من ان يراد بلفظ في موضع فرد مخصوص من افراد معناه ان لا يجوز اطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر
من افراد ذلك المعنى الا يرى انك اذا قلت رايت انسانا يفعل كذا واردت بالانسان هناك فردا مخصوصا من افراده لا يلزم منه ان لا يطلق لفظ الانسان
بطريق الحقيقة على فرد آخر من افراده في موضع آخر فاذن لا يثبت بتلك الآية مطلوب ابي حنيفة رح انتهى وهو اختصاص الوصية لاهل فلان بزوجته بل يجوز ان
يتناول غيرها ايضا كما قال صاحباه واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لابي حنيفة رح بقوله تعالى وسار باهله فيه
نظر لانه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فلما قضى موسى الاجل وسار باهله آنس من جانب الطور نارا قال لاهله امكثوا الا يرى انه خاطبهم بخطاب الجمع
انتهى واجاب عنه صاحب العناية حيث قال بعد نقله والجواب انه لم ينقل انه كان معه احد من اقاربه واقاربها ممن ضمهم نفقته فان كان معه الا رقاء لم يدخل فيه
بالاتفاق انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذا الكلام خال عن التحصيل في دفع نظر صاحب الغاية فان حاصل نظره القدح في الاحتجاج لابي حنيفة رح
بقوله تعالى وسار باهله بناء على ان ما وقع في سياقه من خطاب الاهل بلفظ الجمع يابى كون المراد بالاهل هناك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك
الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جوابا عنه تامل تفهم فالاظهر في تعليل قول ابي حنيفة رح هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولابي حنيفة رح ان الاهل عند
الاطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متأهل وفلان لم يتأهل وفلان ليس له اهل ويراد به الزوجة فيحمل مطلق الكلام على المتعارف انتهى **قوله**
ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله اقول [illegible]

وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأن سبب الاستحقاق لازم وقد دخل فيه عبد قال لمولاه إن لم أضربك فأنت حر لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال وأولاد موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالي الموالاة وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء ومحمد رح يقول الجهة مختلفة في المعتق الإنعام وفي الموالي عقد الالتزام والإعتاق لازم فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لأنهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه بإعتاق وجد منه وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي أعتقهم ابنه أو أبوه لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وإنما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه بالولاء والله أعلم بالصواب

مقتضى قوله لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت أن لا تجوز الوصية لأحد من هؤلاء أصلا أي لا لهم حينئذ أن يكونوا أرقاء في حالة إضافة الوصية إليها إلى حالة الموت فإن المفروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون إضافة الوصية إلى حالة الموت والوصية للرقيق بشيء غير رقبته لا يجوز كما نص عليه وقدم في الكتاب أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة ولا يمكن أن تعلق تلك الوصية برقبتها لأن الوصية بالرقبة إعتاق والوصية لها لا تحتمل أن يكون إعتاقا لأنها أعتقت بموت مولاها دون [illegible] أصلا كما تحمله الشراح هنا فكان بين تلك المسئلة وبين التعليل تدافع ويمكن أن يقال جواب تلك المسئلة الاستحسان الذي ذكر هناك بما التعليل الذي يوجب القياس [illegible] الاستحسان الذي ذكر هاهنا غير متمش هناك كما يعرف بالتأمل الصادق فلا يصار إليه هنا **قوله** وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء قال بعض المتأخرين قلت لا يخفى أن تناول الاسم للأعلى والأسفل بطريق التواطي ليس بأبعد من كون هذا التناول كذلك فالعجب أن أبا يوسف رح جوز هذا دون ذاك انتهى أقول إن أبا يوسف رح جوز ذاك أيضا في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هنا حيث قال وقال الشافعي رح لهم جميعا وهو رواية عن أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح وهو قول زفر لأن الاسم يتناولهم انتهى وصرح به صاحب معراج الدراية أيضا هنا حيث قال وروى عن أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح أن الوصية لهم جميعا وهو قول زفر وأحمد والشافعي رح في قول انتهى وما ذكره المصنف في هذه المسئلة رواية أيضا عن أبي يوسف لا قوله مطلقا كما يشير إليه قول المصنف رح وعن أبي يوسف رح حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال أبو يوسف رح ويرشد إليه أيضا أن شمس الأئمة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كما ذكر تفصيله في النهاية ومعراج الدراية فالعجب من ذلك البعض أنه لم يطلع على رواية تجويز أبي يوسف رح تناول الاسم في كل المسئلتين مع أنها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة فتعجب أنه جوز التناول للكل في هذه المسئلة دون الأولى ومنشأه قلة التدبر والتتبع مما يضيق عن الإحاطة به نطاق البيان **قوله** وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما إذا لم يكن له موال أي موالي العتاقة ولا أولاد الموالي العتاقة يعني حينئذ لموالي الموالاة وقال في الجامع الكبير وإن لم يكن له إلا موالي الموالاة كان الثلث لهم لأن الأحق إذا لم يوجد صرف إلى من بعده انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول ليس هذا الشرح بصحيح إذ لو كان مراد المصنف رح ذلك لما صح تعليله بقوله لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر الحقيقة فإن لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف رح آنفا ومحمد رح يقول الجهة مختلفة في المعتق الإنعام وفي المولى عقد الالتزام وقد صرح الشراح قاطبة بالاشتراك بينهما وبنوا مراد المصنف هناك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف رح هنا ما ذهب إليه صاحبا النهاية والعناية لما صح قوله في التعليل لأن اللفظ لهم مجاز إذ لا شك أن اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من معنييه أو معانيه فالصواب أن مراد المصنف [illegible] إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي فالثلث لموالي الموالي فحينئذ يرتبط وبخلاف ما إذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي بما قبله أشد ارتباط ويتضح عليه قوله لأن اللفظ لهم مجاز أتم اتضاح كما لا يخفى وقد صرح في الكافي بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة وفي غاية البيان أيضا عند شرح كلام المصنف رح هنا وكان صاحب النهاية إنما اعتبر ما نقله عن الجامع الكبير فإن المذكور فيه موالي الموالاة دون موالي الموالي لكن التعليل المذكور هناك وهو قوله لأن الأحق إذا لم يوجد صرف إلى من بعده مطابق للمسئلة فذهب عنها فإنه لا ينافي الاشتراك لجواز أن يكون أحد معنيي المشترك أحق بالإرادة من الآخر لمرجح وإن كان اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما أشار إليه المصنف رح فيما مر بقوله والإعتاق لازم فكان الاسم له أحق بخلاف تعليل المصنف رح هنا على تقدير أن يراد بالمسئلة ما ذكره في الجامع الكبير كما توهم صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فإنه لا يطابق المسئلة حينئذ بل يأباه جدا كما بيناه آنفا **قوله** ولو كان له معتق واحد وموال

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز مؤقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما **قال** فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا تزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان تجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول اولى وهو اعدل وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف رحمه الله ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه **قال** فان كانت مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يواجر العبد او الدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل او غير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة الحياة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه فغير لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال [illegible] للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها بتبعية ملك الرقبة او لمن يملكها بعقد معاوضة [illegible] كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله [illegible] انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه [illegible] [illegible] لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة فيجوز الوصية به كما في [illegible] القسمة بالاجزاء [illegible] قسمة الدار بينه وبين الورثة [illegible] وان اوصى لرجل بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا احدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد

الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز اقول لقائل ان يقول لم [illegible] اليها ههنا الى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن الالغاء في حق [illegible] والمصير الى عموم المجاز مخلص معروف في دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز وطريقه ههنا [illegible] الموالي على من كان للموصي في عتقه اثر من ان يكون [illegible] كما في معتق نفسه او بطريق التسبيب كما في معتق معتقه فليتأمل

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة لما فرغ من بيان احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا المتعلقة بالمنافع واخر هذا الباب لما ان المنافع بعد الاعيان وجودا فاخرها عنها وضعا [illegible] وهو ان [illegible] في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالثمرة لان الثمرة من قبيل الاعيان والباب يشتمل الاقسام الثلاثة [illegible] صيغة التوجيه [illegible] الوصية بالثمرة خاليا عن بيان [illegible] **قوله** الا ان الاول [illegible] اولى [illegible] الاولوية الا بالزام الحاكم حتى يكون اولى [illegible] ان يكون [illegible] فكيف يساوي هذا استيفاء حقه [illegible] الاول ثم ان [illegible] تحقق العدل في الجملة وذلك لا ينافي كون الاول اعدل للتسوية بينهم ذاتا وزمانا ولا شك ان الاعدل اولى **قوله** وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث اقول [illegible] بحث اما اولا فلانه منقوض بما اذا اوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقتسما الموصى له مع الورثة على الثلث والثلثين [illegible] للورثة [illegible] ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي تلك الدار بلا خلاف مع جريان هذا الدليل هناك ايضا بان يقال ان حق الموصى له ثابت في عين جميع الدار بان ظهر للميت مال [illegible] من الثلث واما ثانيا فلانه ان كان حق الموصى له ثابتا في سكنى جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر للميت وخروج الدار من الثلث [illegible] حق الورثة ايضا ثابتا في سكنى جميع تلك الدار والا فان كان الاول يلزم ان يثبت في سكنى جميع دار واحدة في حالة واحدة حقوق اشخاص متعددة [illegible] لاستحالة ان يسكن اشخاص متعددة علحدة في جميع محل واحد في زمان واحد لاستلزامه تداخل الاجسام وظهور بطلان تعلق الحق بامر محال وان كان الثاني يلزم ان لا تقسم عين الدار بين الموصى له والورثة اثلاثا للانتفاع وان لا تقسم الدار بينهم مهاياة من حيث الزمان اثلاثا لثبوت حق الموصى له في سكنى جميع [illegible] ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض مع ان الثلث خلاف ما صرح به الامام في الكتاب **قوله** فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها بتبعية ملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون [illegible] بالصفة التي تملكها قال في العناية واعترض باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعته تبعا لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها ببدل واجيب [illegible]

ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو أوصى بالرقبة لآخر بقيت الرقبة ميراثاً للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر إذ الوصية أخت الميراث من حيث إن الملك يثبت فيهما بعد الموت وكما انتظم هو ما إذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر [illegible] بمنفعته أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان [illegible] المسائل كلها [illegible] قول أبي يوسف وعلى قول محمد [illegible] بالإبهام عن الكلام [illegible] للموصى له مادة الإفراد بعض البيان [illegible] وإن كان مفصولاً لأن الوصية لا تلزم شيئاً [illegible] فكان البيان المفصول [illegible] الموصول [illegible] وكان في وصية الرقبة والخدمة [illegible] ولأن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة [illegible] ومن أصلنا أن العام الذي [illegible] ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان كل منهما وصية بإيجاب على حدة [illegible] بينهما نصفين [illegible] في المسألة [illegible] إذا أوصى لآخر بالخاتم [illegible] مع الرقبة لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق [illegible] ما إذا كان الكلام موصولاً [illegible] دليل التخصيص [illegible] الاستثناء [illegible] أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص **قال**

ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وإن قال له ثمرة بستاني أبداً فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفاً فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئاً أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فإذا أطلقت تتناولهما عرفاً غير موقوف على دلالة أخرى أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد **قال** ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبداً أو لم يقل

ثم إرادة بالمنفعة منفعة تجويز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون وارداً عليه انتهى أقول الجواب منظور فيه لأن كون كلام المصنف رحمه الله في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله منفعة تجويز الوصية بها فإن مقدمات الدليل لا يلزم أن يكون مساوية للمدعي بل لا بد من كلية الكبرى إذا كان إنتاج الدليل بطريق الشكل الأول وههنا كذلك إذ حاصل هذا الدليل أن الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على أصلنا وما ليس بمال في تمليكه إحداث صفة المالية فيه تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة وما في تمليكه إحداث صفة المالية فيه لا يثبت الولاية عليه بهذه الصفة إلا لمن تملكه تبعاً لملك الرقبة أو لمن تعلقه بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها ولا يكون مملكاً أكثر مما تملكه فإنه لا يجوز شرعاً ولا يذهب على ذي مسكة أن ما عدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الأدلة الشرعية كلية كل واحد منها ينافي القصد لا مجال لتقييد شيء منها بما يخرج به منفعة الحر لوقوعها في محل الكبرى من الشكل الأول تدبر **قوله** ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة إلى آخره قال صاحب العناية قوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثاً للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر يكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها إذ الوصية أخت الميراث من حيث أن الملك فيهما يثبت بعد الموت انتهى أقول إن جعله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد والحق أن يقال كالبيان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحال بحالة الانفراد لأن قول المصنف رحمه الله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة إلى آخره وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة إلى آخره إنما فيه بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له أدنى مسكة **قوله** ولمحمد رحمه الله أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها قلت ليس المراد يتناول اسم الخاتم والفص ويتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولهما لفظاً أصالة وإلا لزم أن يخالف هذا ما مر في مسألة صحة الوصية بجارية إلا حملها من أن اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظاً ولكنه يستحق بالإطلاق تبعاً فإذا أفرد الأم بالوصية صح إفرادها ولزم أن يخالف أيضاً ما مر في كتاب الإقرار من أن الفص لا يدخل في الخاتم لفظاً بل تبعاً ولهذا لو أقر بخاتم لرجل واستثنى فصه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعاً للمقر له لأن الاستثناء تصرف في الملفوظ بل إنما المراد ههنا يتناول اسم الخاتم والفص واسم الجارية لما في بطنها يتناولهما لها تبعاً عند الإطلاق فيه يتبع المخالفة كما توهمها البعض **قوله** ومن أصلنا أن العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الإحاطة بمنزلة الخاص أقول لا مجال للعموم في الألفاظ المذكورة في تلك المسائل لأن الحلقة والفص بالنظر إلى اسم الخاتم وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر إلى اسم الجارية وكذا القوصرة وما فيها بالنظر إلى اسم القوصرة بمنزلة الأجزاء المدلولات هذه الأسماء لا جزئيات معانيها ولا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده ولا معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل التمر وحده على أن الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة بعينها ومن هؤلاء جزئي خاص فكيف يتصور فيها العموم فقوله ومن أصلنا أن العام بمنزلة الخاص بمنزلة اللغو ههنا كما لا يخفى **قوله** بخلاف ما إذا كان الكلام موصولاً لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص أقول فيه شيء وهو أنه قد تقرر في كتاب الإقرار أن استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفاً لفظياً غير عامل فيما لا يتناوله الاسم لفظاً كالفص في الخاتم والنخلة في البستان والبناء في الدار فما معنى قوله أو الاستثناء في قوله لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء **قوله** ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبداً أو بأولادها

لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا الحرف هو الفرق ولا فرق في القياس بين تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليهما كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واخواته فلا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا تستحق بعقد ما فكذلك لا تدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله اعلم بالصواب

باب وصية الذمي

قال واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لانه بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبنى داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث

او بلبنها ثم مات فله ما في بطنها من الولد وما في ضرعها من اللبن وما على ظهرها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل اقول في تحرير هذه المسألة بهذا الوجه سماجة فان الاطلاق المستفاد من قوله في ذيلها سواء قال ابدا او لم يقل لا يناسب تقييد صوف بقوله ابدا حيث قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا فالاولى ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيد ابدا في صدر المسألة او ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال ابدا او لم يقل تدبر **قوله** لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ اقول لا يخفى على الفطن ان هذا التعليل منتقض بما تقدم من مسئلتي الثمرة والغلة فان الايجاب بعد الموت في كل الصور مع انه يقع فيما تقدم على القائم يومئذ وعلى الحادث بعده ايضا بذكر قيد الابد في الثمرة وبدون ذكره ايضا في الغلة نعم كان المصنف ره قصد تدارك ذلك بقوله وهذا بخلاف ما تقدم الى آخره الا ان هذا التعليل ههنا بقي خاليا عن الفائدة وانما يحصل وجه هذه المسألة بما ذكره في الفرق الآتي **قوله** الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليهما كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى قال بعض المتاخرين يرد عليه ان لنا اصلا آخر وهو ان الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف الحقت به انتهى اقول لا ورود لما توهمه بل هو ساقط جدا فان مبناه ان يكون الحاق الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة والاجارة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص كما يرشد اليه قطعا قول المصنف ره بالطريق الاولى في قوله فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان الاولوية انما يتصور في الدلالة دون القياس وكون الشئ ثابتا بخلاف القياس انما ينافي القياس عليه لان من شرط القياس ان لا يكون المقيس عليه معدولا عن سنن القياس دون الالحاق به بطريق الدلالة وقد مر امثاله في هذا الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض ثم اقول بقي لنا شئ فيما ذكره المصنف ره وهو ان عقد المعاملة باطل غير مشروع عند ابي حنيفة رح كما تقرر في موضعه فقوله ههنا جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة لا يتمشى على قول ابي حنيفة ره وانما يتمشى على قول صاحبيه فان عقد المعاملة مشروع عندهما والمسألة التي نحن فيها مما اتفقوا عليه فكيف يبني دليلها على ما اختلفوا فيه تامل

باب وصية الذمي ذكر وصية الذمي بعد وصية المسلم لان الكفار ملحقون بالمسلمين في احكام المعاملات بطريق التبعية فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا اقول اكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى فتغليب الاقل على الاكثر غير معقول والاظهر ان يقال لما كان لبعض وصايا الكفار احكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة وآخره لخساستهم **قوله** واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا في اختلاف التخريج اما هو فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح اذا كان المسلم فان الوقف المسلم في حال الحيوة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا اولى واما عندهما فان هذه الوصية معصية فلا تصح الى هنا لفظه اقول فيه خلل من وجوه الاول انه صرف البيعة الى اليهودي والكنيسة الى النصراني وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من ان الكنيسة اسم لمعبد النصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة للنصارى وعبارة الكتاب ههنا تحتمل صرف البيعة الى النصارى والكنيسة الى اليهود بطريق اللف والنشر الغير المرتب والثاني انه قال اما عنده وقال بعده فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة ره فاضمر ابا حنيفة ره اولا واظهره ثانيا وكان الاولى الاظهار والثاني في مقام الاضمار بخلاف عبارة المصنف ره فانها على الاصل المستقيم حيث قال لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رح والوقف عنده يورث فاظهر ابا حنيفة رح اولا واضمره ثانيا والثالث انه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم حيث قال فان وقف المسلم في حال الحيوة موروث بعد موته مع ان وقف الكافر ايضا موروث عنده بلا تفاوت بخلاف عبارة المصنف ره فانها مطلقة حيث قال والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع انه قال ان

لان الوصية فيهما معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحها باعتبار المعنيين **قال** وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة رح وقالا الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولابي حنيفة رح ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رح بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به وفي الوصية المعنى الذي لاجله يورث المسجد ايضا لعدم تحرره الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث بها ثم اعلم ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمي بان تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذا على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبني مسجد للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كان لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي معتقدهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلمين لانا امرنا بابناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة رح وصاحبيه وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم **قال** واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا ينفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز لانه مستأمن من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته والله اعلم

هذه الوصية معصية مع انه لا وصية في مسئلتنا هذه فان المذكور فيها صنع اليهود والنصارى في حال حيوته بدون اضافة شيء الى ما بعد موته والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بخلاف قول المصنف رح فان هذه معصية اذ المشار اليه بهذه في قوله المذكور هي الضيعة دون الوصية فلا غبار عليه **قوله** لان الوصية فيهما معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال في العناية وغاية البيان واذا اعطاه ملكا للمسلمين صنعوا ما شاؤا انتهى اقول هذا على اصلهما ظاهر فان الوصية بالمعصية باطلة عندهما وان كانت في معتقدهم قربة كما سيجيء فاذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقة وان كانت قربة في معتقد الكفار لزمهما المصير الى ما في الوصية من معنى الاستخلاف والتمليك تصحيحا لكلام العاقل مهما امكن واما على اصل ابي حنيفة رح ففيه كلام لان كون الموصى به قربة في معتقد الموصي كان عنده في صحة الوصية كما سيجيء ايضا وفيما نحن فيه كذلك فينبغي ان تصح حقيقة الوصية عنده ههنا كما تصح فيما اذا اوصى بذلك لقوم غير مسمين على ما سياتي بدون المصير الى اعتبار معنى الاستخلاف والتمليك في تصحيحها والحاصل ان الظاهر ان يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف بين ابي حنيفة رح وصاحبيه لا كما جريا على الاتفاق بينهم كما في المسئلة السابقة واسلوب تحريرها في الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم في التخريج ايضا فليتأمل **قوله** ثم الفرق لابي حنيفة رح الى قوله والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة قال في العناية بل بحسب معتقدهم اقول لقائل ان يقول ان اصل ابي حنيفة رض ان كون الشيء قربة في معتقدهم كاف بناء على انا امرنا بان نتركهم وما يعتقدون فالاعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر انفا فلم لم يعتبر ههنا كون الكنيسة او البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول ملك الباني عنها فان قلت انهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تتحرر لله تعالى لتعلق حق العباد بها قلت هذا مصير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولانهم يبنون فيها الحجرات الخ والكلام في التعليل الاول فلا معنى للخلط **قوله** ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تتحرر لله تعالى لتعلق حق العباد به قال صاحب العناية قوله ولانهم يبنون دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضي سبق دليل الاول عليه ولا يذهب على الناظر في كلام المص انه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلا عليه وانما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة وهذا دعوى بلا دليل تم اقول الحق عندي ان قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر على الفرق لابي حنيفة رح بين بناء الكنيسة والبيعة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله ان البناء نفسه ليس بسبب زوال ملك الباني ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها الخ تبصر **قوله** وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال صاحب النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقد قال بعضهم انها لا تكون بمنزلة الوصية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها والمرتدة لا تقر على اعتقادها انتهى قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وههنا الاصح ترجيح هذا القول على القول الآخر لبيان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما ان مراده من هو الاصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح ادل على الترجيح من قوله هو الاصح ولا ريب ان ترجيح احدهما على الآخر ينافي ترجيح الآخر عليه ولا يمكن ان يصدقا معا **قوله** ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته اقول هذا التعليل الذي حاصله قياس الوصية على الارث منقوض بمسائل متعددة مرت في الكتاب آنفا منها ما اذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله فانه جائز مع ان الارث ممتنع بين الذمي والحربي وبين المسلم والحربي لتباين الدارين ولاختلاف الدينين ولتباين الدارين حكما ومنها ما اذا اوصى

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه فان ردها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل فانابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك بالشراء

وصى من شيء فانه ايضا جائز في هذه الرواية مع انه لا توارث بين المسلم والكافر اصلا لاختلاف الدينين ولتباين الدارين ايضا اذا كان الكافر حربيا لو كان مستامنا

باب الوصي وما يملكه لما فرغ من بيان احكام الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الموصي وقدم احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها امس **قوله** بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وادب القاضي من الصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضيخان لانه ذكر في هذه الكتب ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من وكالتها والفصل العاشر من وكالة التتمة والباب السابع والستون من ادب القاضي وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وهذا التوكيل بالخصومة من فتاوى قاضيخان الى هنا لفظ صاحب النهاية ثم قال صاحب النهاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه اختراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه لانه لا يؤدي الى تغرير الآمر وهذا فيما اذا وكله بشراء عبد بعينه له ان يعزل نفسه بغير محضر بالموكل على قول بعض المشائخ واليه اشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر اي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشائخ فعن هذا عرفت ان ما قاله البعض في شرح هذا الذي قال صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرها ليس بشيء لان مراد ما ذكر في التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل اما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه لا بشراء شيء بغير عينه ومراد صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بغير عينه فتوافقت الروايات كثيرا ولم تختلف الى هنا كلام صاحب الغاية والى هذا قال صاحب العناية ايضا كما يظهر من تقريره في شرحه اقول بل ليس هذا التوفيق بشيء لانهم عقدوا في اكثر المعتبرات كعزل الوكيل فصلا على حدة او بابا على حدة وبنوا فيه على عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل بغير تقييد بشيء فمن يجوز العقل ان يكون مرادهم بذلك ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه فيكون عقد الفصل او الباب لبيان حكم العزل في مسئلة بعينها من المسائل الوكالات بعبارة مطلقة ويكون حكم العزل في سائرها متروك الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب لعمري ان حمل كلام الثقات على مثل ذلك سقطة لا تخفى ولنذكر من بينها عبارة الذخيرة حتى تاخذ منها حصة قال فيها الفصل الثاني في رد الوكالة من الوكيل وعزل الوكيل وقال ذكرنا ان الوكيل اذا رد الوكالة ترتد ولكن اذا علم الموكل بالرد وان لم يعلم فلان به حتى ان من كان غائبا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة يصح قبوله وصار وكيلا ثم قال ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج عن الوكالة انتهى انظر بعين البصيرة فيما ليس عدم التقرير بما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه وعن هذا قال صاحب الكافي هنا بدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه الى آخره الا يرى انه الوكيل اذا اخرج نفسه من الوكالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعا للضرر ورد الضرر المتيقن فان يجب نفي الغرر ورد الضرر عن الميت وهو احق بالاولى وانتهى **قوله** لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه اقول لقائل ان يقول هذا التعليل ينتقض بصورة رد الوصي الوصية في غير الموصي في حيوته لان الموصي حي قادر على التصرف بنفسه في حال حيوته ولا في بعد مماته كما تقدم آنفا والجواب ان معنى الايصاء الى احد استخدامه بعد الموت لا في حال الحيوة فالمتصرف الذي تفرعه الى الوصي انما هو التصرف الكائن بعد مماته ولا شك انه ليس تقادر في حال حيوته على التصرف الحاصل بعد مماته كما انه ليس تقادر عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتقاض نعم انه يقدر في حيوته على الايصاء الى الآخر بدل الاولى اذا علم رد الاول لكن الكلام ينافي عدم صحة رد الوصية بغير علم الموصي فان معنى قوله في غير وجهه بغير علم ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه في الذخيرة وذكر في الشروح ايضا **قوله** وان كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اقول يرد عليه ان يقال هب ان الوصاية خلافة عن الميت بخلافة ضرورية كالوراثة بل هي خلافة اختيارية الا يرى انه لو لم يقبلها الموصى اليه ولم يردها حتى مات الموصي فهو بالاختيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفا فاذا كانت خلافة يتوقف ثبوتها على اختيار الموصى اليه بها مشكل جدا اذ لا يخفى ان اختيار شيء وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتامل

وقد بينا طريق العلم وشطره الاخبار فيما تقدم من الكتب انه ان قبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي **قال** ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد رح في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور انها ستبطل وقيل في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي عن الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره **قال** ومن اوصى الى عبده وفي الورثة كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بما التزمه فلا يفيد فائدته فان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة رح ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد رح مضطرب فيه يروى مرة مع ابي حنيفة رح وتارة مع ابي يوسف رح ووجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة رح او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى الابطال اصلا وتغيير الوصف لاثبات اصل التصرف اولى **قال** ومن اوصى الى من يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه ... ولو شكى الوصي الى القاضي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه كان مختار الميت ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له **قال** ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف رح ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزى فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما والذي لهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة ابدا

قوله قد بينا طريق العلم وشطر الاخبار فيما تقدم من الكتب قال جمهور الشراح ومن تلك الكتب ما ذكره المص في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي بقوله ومن علم من الناس بالوكالة يجوز تصرفه
ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو والاول سواء اي الواحد فيهما يكفي انتهى وقال بعض المتاخرين قوله فيما تقدم من الكتب
العبارة عن الكتب من التنبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح اذ ليس ما ذكره اثر في غير كتاب القضاء اصلا انتهى اقول ليس ما قاله هذا البعض بصحيح لان المص كما ذكره في كتاب ادب القاضي
ذكره في كتاب الوكالة وفي كتاب الشفعة ايضا فانه قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فان لم يبلغه القاضي فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم ثم قال فيه وقد ذكرنا
اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده وقال في باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره
واحد حرا كان او عبدا او صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم انتهى والعجب من ذلك القائل انه كيف
اجترأ على الحكم بان ليس لما ذكره اثر في غير كتاب القضاء اصلا بدون التتبع لما تقدم من الكتب **قوله** الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح قال عامة الشراح الا
ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله ثم قال اقبل فله ذلك يعني ان القاضي اذا اخرجه عنها صح فلم يبق له ان يقبل بعد ذلك انتهى اقول فيه نظر لان المص قيد قوله
فله ذلك بقوله ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل وذلك القيد يفيد بمفهومه المخالف ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية لم يكن له ذلك اي لم يصح قبوله والمفهوم
معتبر في الروايات بالاجماع كما نصوا عليه فلم تبق حاجة الى استثناء ما اذا اخرجه القاضي من الوصاية من قوله فله ذلك فلو كان قوله هنا الا ان القاضي اذا اخرجه
استثناء من قوله فله ذلك يلزم الاستدراك في الكلام كما لا يخفى فالوجه عندي ان يكون قوله الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله في قرينة ذلك الاولى
هو الاعلى اولى فيكون هذا الاستثناء داخلا في حيز تعليل مسئلة الكتاب فيكون ناظرا الى مفهوم قيدها وهو قوله ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل كما ان
ما قبل هذا الاستثناء كان ناظرا الى منطوق اصلها ويؤيده ان هذا الاستثناء لم يكن مذكورا في البداية اصلا مع كون المسئلة مذكورة هناك ايضا بحالها **قوله** قيل
قول محمد رح مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة رح وتارة مع ابي يوسف رح قال صاحب الغاية ولنا في هذا التعليل نظر لان كبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية
كلهم ذكروا قول محمد رح مع ابي يوسف رحمه الله بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره والكرخي في مختصره وابي الليث في كتب الوصايا والقدوري في التقريب وشمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من ... انتهى اقول النظر ساقط اذ لا يلزم من ان يذكر قول محمد رح مع ابي يوسف رح في كتب كبار المشائخ الذين هم ثقات ان لا يكون مضطربا في نقل احد
وقد قال في المبسوط وان كانت الورثة صغارا كلهم فان اوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة وان اوصى الى عبد نفسه فالوصية جائزة في قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح انها باطلة وفي التفسير الذي
قلنا وقول محمد رح في الكتاب مضطرب ذكر في بعض الروايات مع ابي حنيفة رح وفي بعضها مع ابي يوسف رح انتهى فعلم ان الذي وقع في كتب كثير من المشائخ كون قوله مع ابي يوسف رح ولهذا اختار
المص حيث ذكر قوله مع ابي يوسف رح اولا واشار الى وقوع ... في كلام ... حيث قال وقيل قول محمد رح مضطرب فلا غبار فيه **قوله** وله انه مخاطب مستبد بالتصرف ...

وهي مما استثناه في الكتاب في اخواتها فقال الا في شراء كفن الميت وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك
وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريانا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال
وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان
من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الرأي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الرأي والخصومة في حق
الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذي
في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة
لان في التاخير خشية التوى ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيعا ويتقاضى

الا بالوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا املاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يمنعه فيتحقق المنع والمنافاة و
اجيب بانه اذا ثبت الايصاء اليه لم يبق للقاضي ولاية المنع كذا السؤال والجواب في اكثر الشروح وعزيا في النهاية ومعراج الدراية الى الاسرار اقول في هذا الجواب
بحث لان بقاء ولاية المنع للقاضي موقوف على جواز الوصية اليه شرعا وهو اول المسئلة التي نحن فيها والمقام مقام اقامة الدليل عليه من قبل ابي حنيفة رح فلو ادعي تسليم الدليل
عليه لزم المصادرة على المطلوب لا محالة فالحق في الجواب عن السؤال المذكور ما نقله صاحب الغاية عن شرح الاقطع حيث قال واورد في شرح الاقطع سؤالا وجوابا فقال قيل
اذا كانوا صغارا فالقاضي يلي على بيعه اذا رأى على ذلك قيل له ولاية القاضي على الوصي لا يمنع جواز الوصية لانه يلي على الاحرار مع وجود الوصية اليهم انتهى **قوله** وهي مما استثناه
في الكتاب اخواتها يعني وهي اي الاشياء المعدودة باستثناء القدوري في مختصره بقوله الا في شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة
بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت انتهى وهذه تسعة اشياء كما ترى اقتصر القدوري الاستثناء عليها في مختصره واقتفى
اثره المص في البداية وقوله ههنا واخواتها بالرفع عطف على ما قاله ما استثناه في الكتاب اي والمسائل التي هي اخوات مسائل المستثناة في الكتاب وهي ما زاده المص
في النهاية بقوله ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجميع الاموال الضائعة وهي التي
زادها المص على ما في الكتاب ستة اشياء فيعتبر مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتاخرين في شرح هذا المحل قوله وما استثناه في الكتاب اي
في مختصر القدوري كما سبق قوله واخواتها بالرفع عطف على ما اشارة الى انه يزاد عليه اشياء اخر وهي ما ذكرته فيما سبق يعني قوله وزاد عليها المص رد المغصوب والمشتري
شراء فاسدا او حفظ الاموال وقال ثم ان جعلنا شراء الكفن والتجهيز واحدا كما جعل في الاسرار بناء على ان الاول داخلا في الثاني وكذا رد المغصوب والوديعة والمشتري
شراء فاسدا يكون المستثنى فيما ذكره المص احد عشر وما زاده اثنين والا فاربعة عشر وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الاخوات انتهى كلامه اقول الذي ذكره مع كونه
ناشيا عن الغفلة عما زاده المص في الآخر من اشياء ثلاثة وهي قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى او التلف وجميع الاموال الضائعة مختل في نفسه اذ لا يمكن ان يكون
مجموع ما ذكره المص احد عشر على تقدير ان يكون ما زاده اثنين واربعة عشر على تقدير ان يكون ما زاده ثلاثة لان زيادة الثلاثة على الاثنين بواحد فكيف يمكن
ان يكون المجموع بزيادة الاثنين احد عشر وبزيادة الثلاثة اربعة عشر بل لا بد ان يكون بزيادة الثلاثة اثنا عشر كما لا يخفى **قوله** وطعام الصغار وكسوتهم قال في النهاية
وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف على شراء الكفن وكذلك قوله ورد المغصوب المشتري شراء فاسدا او حفظ الاموال وقضاء الديون كذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ
وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجر انتهى اقول لا يخفى ما يساعده تحرير المص من الاعراب هو الذي
ذكر في الشرح المزبور لكنه منظور فيه عندي وقول المص في شراء الكفن ولا ريب ان الضمير المستتر في قوله فقال راجع الى ما يرجع اليه الضمير المستتر
فيما استثناه في الكتاب هو القدوري والمراد بالكتاب مختصره فيلزم ان يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجر في البداية من مقول القدوري في مختصره
وليس كذلك قطعا كما عرفته مما بيناه فيما مر آنفا اللهم ان يحمل قوله فقال الا في شراء الكفن الى آخره على تغليب ما ذكره القدوري في مختصره على ما زاد عليه
المص ههنا بطريق الالحاق به تامل **قوله** وحفظ المال يملكه من يقع في يده قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل
بقوله وقضاء الديون يعني ان كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لانه ليس في قضاء الدين الا حفظ المال الى ان يقضي صاحب الدين وكل من يقع المال
في يده فهو يملكه حفظا انتهى اقول لا يذهب عليك نظره سليمة ان هذا الذي ذهبا اليه تكلف بارد بل تعسف فاسد اذ لا شك ان مراد المص بقضاء الدين في
قوله وقضاء الديون هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بالمرة قوله قبله وحفظ الاموال فكيف يتم توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران والصواب

والمراد بالتقاضي الاقتضاء وكذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل يتفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي برأي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة رح انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصي واوصى الى آخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رح لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحيوة والجامع بينهما انه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية فيه وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه **قال** ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة **قال** فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا **قال** وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل يحج عنه فضاع في يده وقال ابو يوسف رح ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع الى تمام الثلث

ان قول المص رح ههنا حفظ المال تملكه من يتيح في يده وقسوف على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الاموال كما لا يخفى **قوله** والمراد بالتقاضي الاقتضاء وكذا كان المراد في عرفهم اقول فيه شئ وهو ان قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوهم ان لا يكون الاقتضاء الذي هو القبض معنى التقاضي في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع ان الامر ليس كذلك كما صرح المص في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى ويدل على كون معناه وذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس تقاضاه الدين قبضه منه وقال في الاساس تقاضيت ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته انتهى ثم اقول في الجواب ليس مراد المص رح ههنا بقوله كذا كان المراد في عرفهم نفي كونه كذلك في اللغة والوضع بل بيان ان عرفهم ايضا يطابق اللغة والوضع وفائدة قولهم ان يقال كون معنى التقاضي الاقتضاء في الوضع كما عرفت ان العرف قاض على الوضع اي راجح عليه فان قلت نفي المخالفة بين كلام المص رح ههنا وبين قوله هناك لان العرف بخلافه قلت مراد المص رح ههنا ان المراد منه كان كذلك في عرف المجتهدين ومراده هناك ان العرف بخلافه في زماننا او في ديارنا ولا عرف في اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين او المكانين ويؤيده ان صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكر محمد رح في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الاسلام الزاهد الامام البزدوي في شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضي مستعملا في الحقيقة مجازا لسبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة انتهى تدبر تفهم **قوله** ولانه في معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية اقول لقائل ان يقول ان كان الاقتضاء بمعنى المبادلة لكان القضاء ايضا في معنى المبادلة ضرورة ان المبادلة اذا كان تحقق من الجانبين واذا كان احدهما مقتضيا كان الآخر قاضيا البتة فيلزم ان يكون القضاء ايضا من باب الولاية مع ان المص رح صرح بخلافه فيما قبل **قوله** غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة قال صاحب العناية فيه اشارة الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما افرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك اما لو سلم اليهم فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية اقول فيه خلل لان مقتضى تحريره ان يثبت للموصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما اذا سلم الوصي ما افرزه للورثة اليهم على الاطلاق اي سواء كان ما سلمه اليهم باقيا في ايديهم او هالكا وليست المسئلة كذلك لا في النهاية ولا في غيرها فانه قال في النهاية ثم ان كانت ما اعطاه الوصي للورثة باقيا في ايديهم كان للموصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما اعطاهم وان كانوا هالكا كان الموصى له الرجوع عليهم بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الى الورثة ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع فان لم يكن حصة الورثة اليهم حتى تملك الكل في يد الموصي لم يكن للموصى له ان يضمن الموصي شيئا لبقاء حكم الامانة في المال هكذا في هلاك قدر نصيبه الى هذا اشار الامام المحبوبي الى هنا لفظ النهاية وقال في المحيط البرهاني فان هلك حصة الموصى له في يد الوصي الى نصيب الورثة كان للموصى له ان يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة وان هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الموصى له في يد الموصي ايضا فما هلك في يد الورثة من حصة الموصى له فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن الوصي وان شاء ضمن الوارث انتهى **قوله** وان كان الميت اوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده اي في يد الحاج فالوصي والحاج مدلول عليهما غير مذكورين انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية اقول ليس هذا الشرح بصحيح

وقال محمد رحمه الله لا يرجع بشيء لأن القسمة حق الموصي ولو أفرز الموصي بنفسه مالا يحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا إذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه ولأبي يوسف رحمه الله أن محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها وإذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولأبي حنيفة رحمه الله أن القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما إذا هلك قبل الإفراز فيحج بثلث ما بقي ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة إذ لا قابض لها فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها **قال** ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لأن الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والغائب عاجز ومن النظر إفراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل **قال** وإذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز لأن الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وإن كان في مرض موته فكذا إذا تولاه من قام مقامه وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لأن للغرماء حق الاستسعاء أما هاهنا فبخلافه **قال** ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لأن المشتري منه ما رضي ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ويرجع فيما ترك الميت لأنه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا لا يرجع لأنه ضمن بقبضه ثم رجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي وأمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لأن في إلزامها القاضي تعطيل القضاء إذ يتحامى عن تقلد هذه الأمانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لأنه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما إذا كان على الميت دين آخر **قال** وإن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لأنه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه **قال** وإذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان خيرا لليتيم جاز وهو أن يكون أملأ إذ الولاية نظرية وإن كان الأول أملأ لا يجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه **قال** ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه إلا بما يتغابن الناس في مثله لأنه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لأنه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله لأنهم يتصرفون بحكم المالكية والإذن فك الحجر بخلاف الوصي لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لأن التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لأن ذلك أحوط ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في الشراء ولا يعلم بالوصية فيشهد بذلك فيكون ذلك منه تقصيلا فيضر ذلك بحكم الوصي قيل يكتب اشترى من فلان ابن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان وقيل لا بأس بذلك لأن الوصاية تعلم ظاهرا **قال** وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار لأن الأب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لأنه لا يملكه الأب على الكبير إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه **قال** ولا يتجر في المال لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب وكذا وصي الأم ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ **قال** والوصي أحق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي رحمه الله الجد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيتقدم على وصيه ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه **قال** فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى ملك الإنكاح دون الوصي غير أنه يقدم عليه وصي الأب في التصرف لما بيناه

اذ لو رجع ضمير ما في يده الى الحاج فصار المعنى فهلك ما في يد الحاج كما صرح به الشارح ان المذكور ان لزم ان يكون وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده مستدركا محضا كما لا يخفى والصواب ان ضمير ما في يده في قوله فهلك ما في يده راجع الى الوصي فحينئذ ينتظم المعنى ولا يستلزم الاستدراك في قوله الآتي كما لا يخفى

قوله وقال محمد رح لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه قال بعض المتأخرين فكان هذا قياس مع الفارق لان الموصي غير ملزم بشروع والرجوع عن الوصية راسا فلا يلزم من عدم لزوم شيء عليه عدم لزومه لذلك انتهى اقول ليس هذا بشيء فان الموصي وان لم يكن ملزما في حال حيوته الا انه ملزما وصيته بعد مماته فلتنفذ الشيء ثلث تركته البتة والمراد بما ذكر في دليل محمد رح وهو ان الموصي لو افرز بنفسه مالا ليحج عنه فهلك ذلك المال للورثة لا يؤخذ شيء من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته اصلا وقد افصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره ولنا مذهب محمد رح فهو ان دفع الموصي بمنزلة دفع الميت ولو ان الميت هو الذي دفع قبل موته الى رجل مالا ليحج عنه فسرق المال لا يؤخذ من تركته مرة آخر كذلك هذا انتهى فكان ذلك المعنى فهم من ظاهر قول المص في تقرير دليل محمد رح ولا يلزم شيء ان يكون النهاية انه لا يؤخذ من نفس الموصي شيء في حال حيوته فوقع فيما وقع **قوله** لانهم يتصرفون في حكم المالية والاذن فك الحجر قال صاحب النهاية في حل هذا التعليل لانهم يتصرفون بحكم المالية اي تصرفون في اليتيم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فلم تكن تصرفهم نيابة عن احد بهم انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله لان الاذن فك الحجر بان قال فيه بحث فان الكلام كان على ما للصبي المأذون والمكاتب انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا شك ان المدعي كان على ما للصبي المأذون والمكاتب لا ان قوله لان الاذن فك الحجر يصلح ان يكون تعليلا في حقهما ايضا اما في حق الصبي المأذون فظاهر لان في حقه فك الحجر الثابت له بسبب صباه كما ان الاذن في حق العبد المأذون فك الحجر الثابت له بسبب رقه كما تقرر في كتاب المأذون واما في حق المكاتب فلانه وان لم يكن مأذونا صراحة الا انه صار مأذونا في ضمن عقد الكتابة لا محالة فان ادنى الكتابة بدون ثبوت الاذن له في الكسب محال والاذن في الشرع فك الحجر واسقاط الغير لا غير عندنا كما مر في كتاب المأذون فلا غبار في التعليل المزبور **قوله** وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير قال صاحب الكفاية قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير في صورة التناقض لقوله لان الاب يلي ما سواه وينتقض عنه لان الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى اقول ما ذكره في وجه التقصي عن التناقض ليس بتام لان الوصي ايضا لا يملك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية بل انما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب فان كان معنى قول المص ره وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا انه كان القياس ان لا يملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر ايضا كما هو الظاهر من السباق والسياق لزم ان يكون معنى قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير اي لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر ايضا وهذا ينافي ما ذكره الشارح المزبور في وجه التقصي عن التناقض كما لا يخفى وان كان معنى ذلك كان القياس ان لا يملكه الوصي بالولاية الحقيقية فهو يشعر بان يكون ذلك القياس متروكا مع انه لم يترك قط اذ لم يقل بان الوصي يملكه على الكبير بالولاية الحقيقية قالوا فان قلت نعم الحل ما ذكره الامام الزيلعي في التبيين قال وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا ولا الاب كما لا يملك على الكبير الحاضر الا انه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا

فصل في الشهادة **قال** واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما **قال** الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي

فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه اليسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع انتهى ثم ان بعض الفضلاء بعد ان نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال لا يوافقه قوله ولا يليه انتهى اقول هذا ساقط اذ لا نسلم ان قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه فان معناه ولا يليه للاب العقار كما يليه غيره لنفي غير الحفظ الذي هو يملك الحفظ واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا يليه وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطرة

فصل في الشهادة قال صاحب النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها لعدم عراقتها فيها انتهى واقتفى اثره صاحب العناية نقلا عنه اقول ليس ذاك بسديد لان الذي لا يختص بالوصية انما هو مطلق الشهادة واما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعا فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه التاخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال وانما اخر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير اصلية لان الاصل عدم العارض انتهى **قوله** وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء وضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي قال صاحب النهاية فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند اداء الشهادة اذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن للموصي اليهما متى شهدا بذلك لان من زعمهما لا نه لا تدبير اما في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثم وصي وهناك تقبل الشهادة وكذلك ههنا كذا ذكره الامام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير الى هنا لفظ النهاية واقتفى اثره في ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب النهاية اقول كل من الجواب والسؤال منظور فيه عندي اما السؤال فلانه لا اتجاه له اصلا فان الوصيين اللذين نصبهما الميت اذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فللقاضي ان يضم اليهما وصيا آخر بلا ريب كما تقرر في اوائل باب الوصي وما يملكه واذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألا القاضي ان يضم اليهما الآخر ورضي به الآخر فله ايضا ان يضم اليهما الآخر كما صرح به في كثير من المعتبرات واشار اليه المصنف ههنا بقوله او ضم آخر اليهما برضاه قال تاج الشريعة في شرحه يعني لو سألا من القاضي ان يجعل هذا الرجل وصيا معهما برضاه فعلى القاضي ان يجيبهما في ذلك انتهى ثم ان هذا احال الضم الى الوصيين مطلقا والمخن فيه فيجب على القاضي ان يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعتبرات منها التبيين فانه قال فيه فاذا ردت شهادتهما ضم القاضي اليهما ثالثا لان في رد شهادتهما اقرارا منهما بوصي آخر معهما للميت واقرارهما ينفذ ذلك على انفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات احدا ولا وصيا للثلاثة ثم قال في بيان وجه الاستحسان في قبول شهادتهما وجه الاستحسان انه يجب على القاضي ان يضم ثالثا على ما بيناه آنفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا منهما بنصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال في الاصل واذا كذبهما المشهود عليه وجعلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه من مشائخنا من قال لا يدخل معهما ثالثا ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعا والظاهر فانه لم يذكر فيه خلافا وان صدقهما قال لا اقبل الوصية قال معهما ثالثا بخلاف ما لو قبل ثم اتى فانه لا يعمل رده واباه الى هنا لفظ المحيط واما الجواب فلان قياس ما نحن فيه على ما لم يكن ثم وصي بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق اذ لا تهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا وايضا القاضي يحتاج هناك الى نصب القاضي وههنا لا يحتاج اليه في زعم المجيب فاين هذا من ذاك ومجرد المشابهة في جهة لا يصح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتاخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه ان وجوب الضم هذا المدعي اثر شهادة المتهم مع انه لا تقبل شهادة المتهم فكيف ترتب عليها انتهى اقول ليس هذا بشيء لان شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي وايجابه لا في اسقاط شيء كونه التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما اشار اليه المصنف بقوله فتسقط

قال ولذلك الابنان ومعناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا تقبل في الدين ايضا وروي عن ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح وعن ابي يوسف رح مثل قول محمد رح وجه القبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة قال ولو شهد رجلان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

شهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية فتثبت بنصب القاضي وكم من شيء يكون حجة من وجه ولا يكون حجة في الاثبات كالاستصحاب فيجوز ان يكون شهادة المتهم ايضا كذلك فيترتب عليها اثر الدفع ولقد افصح عنه صاحب الغاية ههنا حيث قال وجه الاستحسان ان القاضي يملك نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت للقاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما اسقطا عنه مؤنة التعيين عنه ومثاله ان القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك بهذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى **قوله** وكذلك الابنان قال الشراح قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة انتهى اقول تفسير المصنف قوله وكذلك الابنان بقوله معناه اذا شهد ابنا الميت انه اوصى الى رجل وهو ينكر يقتضي ايضا بظاهره ان يكون قوله وكذلك الابنان معطوفا على قوله فالشهادة باطلة لان الحكم في صورة الانكار بطلان الشهادة لا غير لكن لم يظهر لي ما دعاهم الى جعل قوله وكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى في الثاني ايضا وزيادة الافادة اذ يصير المعنى اذ ذاك وكذلك حكم شهادة الابنين في صورة ان ينكر المشهود عليه ما شهدا به وفي صورة ان يدعيه فان شهادتهما تبطل في الصورة الاولى وتقبل في الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا فان جواب مسئلة شهادة الابنين كجواب مسئلة شهادة الوصيين في الصورتين معا لما صرح به في عبارة الكتب واما اذا جعل قوله فكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط يلزم ان يكون احدى صورتي مسئلة شهادة الابنين متروكة البيان في الكتاب بالكلية من غير ضرورة ولا يخفى ما فيه فالحق عندي انه معطوف على المجموع لا محالة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها اقول لقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان يجوز شهادتهما لوارث صغير ايضا في غير تركة الميت عند ابي حنيفة رح لجريانه بعينه هناك ايضا مع ان عدم جواز شهادتهما لوارث صغير بشيء من تركة الميت وغيرها متعلق برجلين على ميت الخ الفصل عليه كما مر في الكتاب آنفا فليتامل في الدفع **قوله** واذا شهد رجلان لرجلين على ميت الى آخر الفصل قال في العناية جنس هذه المسائل اربعة الاول ما اختلفوا فيه وهو شهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بالف مرسلة او بثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو ان يشهد الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع هو المذكور في الكتاب آخرا وهو ان يشهد لرجلين بعينه وشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة او بثلث الاول ومبنى ذلك على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كما في الثالث على ما ذكر في الكتاب اما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك ايضا انتهى اقول تقسيم صاحب العناية وتقريره ههنا لا يخلو عن اختلال لانه ان اراد بالاوجه الاقسام الكلية فهي ثلثة لا غير احدها ما اتفقوا على جوازه وثانيها ما اتفقوا على عدم جوازه وثالثها ما اختلفوا فيه وما عده وجها رابعا داخل في القسم الثاني لا محالة وان اراد بها الامثلة فهي خمسة لا اربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين وجها واحدا على ان قوله الاول ما اختلفوا والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد كون مراده بالاوجه هو الامثلة بل يقتضي كون مراده بها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان صاحبي النهاية والكفاية وان ذهبا ايضا الى كون الاوجه في جنس هذه المسائل اربعة الا ان تقريرهما في كون المراد بالاوجه هو الامثلة والمسائل دون الاقسام الكلية والاصول لا ينافيه تقرير صاحب العناية فانهما قالا جنس هذه المسائل على اربعة اقسام في الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو ان يشهد الرجلين لرجلين بوصية عين لرجلين كالعبد وشهد الموصى لهما للذين الشاهدين بوصية عين اخرى كالجارية لانه لا شركة للمشهود فيه فلا تتمكن التهمة وفي الوجه الثاني لا تقبل بالاجماع وهو ان يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله وشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة ايضا وفي الوجه الثالث لا تقبل وهو ان يشهد الرجلان ان الميت

كتاب الخنثى

فصل في بيانه **قال** اذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى على انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينسب الى اكثرهما بولا لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان في الكثرة سواء فهو خنثى مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح **قال** واذا بلغ الخنثى وخرجت لحيته او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل وكان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

ولو اوصى لهذين الرجلين بعين كالعبد وشهد المشهود لهما ان الميت للشاهدين الاولين بثلث ماله لان الشهادة مثبتة للشركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين انتهى تدبر تفهم ثم ان الحق ان يثلث القسمة ههنا كما فعله الفقيه ابو الليث في كتاب نكتة الوصايا حيث قال واذا شهد اربعة نفر شهد اثنان منهم لاثنين على الميت فان هذا على ثلثة اوجه في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق وفي وجه لا تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بامثلته ودليله كما فصله شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال وههنا ثلثة فصول احدها ما لا تقبل الشهادة فيه بالاتفاق والثاني ما تقبل الشهادة فيه بالاتفاق والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها

كتاب الخنثى

قال في النهاية لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة في المثال من التي النساء والرجال شرع في بيان من له آلتان فيه وقدم ذكر الاول لما ان الواحد قبل الاثنين اولان الاول هو الاعم والاغلب وهذا كالنادر فيه انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكر في الكتب السابقة من الاحكام ليس بمخصوص من له آلة واحدة بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان الا يرى ان احكام المارة في كتاب الوصايا مثل جارية باشرها في حق الخنثى ايضا وكذلك الحال من احكام سائر الكتب المتقدمة كلها او جلها فما معنى قوله لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة شرع في بيان احكام من له آلتان واما ثانيا فلان قوله شرع في بيان احكام من له آلتان ليس بتام اذ جعل المصنف كتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانه والفصل الثاني لاحكامه حيث قال فصل في بيانه وفصل في احكامه فهو في هذا الكتاب انما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لا في بيان احكامه وانما ذكر احكامه في الفصل الثاني بعد ان ذكر بيان نفسه في الفصل الاول وان صح ان يقال شرع في احكامه ايضا تبادويل فما معنى تخصيص الشروع في الثاني في قوله شرع في بيان احكام من له آلتان ويمكن التوجيه بعناية فتامل وقال في العناية لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود انتهى اقول يتجه عليه ايضا ما ذكرنا انفا من البحث الاول بل بعض البحث الثاني ايضا فتامل وقال في غاية البيان آخر كتاب الخنثى لوقوعه نادرا لان الاصل ان يكون لكل شخص آلة واحدة اما آلة الرجل واما آلة الانثى واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره وآخره عن سائر الكتب لندرته وقلة الاحتياج الى بيانه انتهى اقول هذا جيد لا قوله وقلة الاحتياج الى بيانه فانه ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون احوج الى البيان لكونه بعيدا عن الاذهان موقوفا حاله على امر خفي وعن هذا قال في العناية ومن محاسن احكام الخنثى ترك الاهمال في البيان وان ندر وجوده في الازمان **قوله** فصل في بيانه قال صاحب العناية فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال وقال بعض المتاخرين بعد نقل هذا السؤال والجواب ولك ان تقول انفصال طائفة من المسائل عن اخرى منها يستلزم انفصال الاخرى عن الاولى فاذا عنونت الثانية بالفصل كما هو المعتاد وكان ذلك في قوة العنوان الاولى به ايضا وان لم يصرح به في العادة ولكن صرح به ههنا اشارة في اول الوهلة الى ان ههنا فصلا آخر يذكر بعده وهو ما ذكر بقوله فصل في احكامه فتامل انتهى اقول هذا الكلام خارج عن سنن السداد اما اولا فلان الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه القطعة من شيء آخر مطلقا وقد اشار اليه صاحب العناية بقوله ههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل فاستلزام انفصال طائفة من المسائل عن الاخرى منها انفصال الاخرى عن الاولى انما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقا في الاولى لا تحقق الانفصال مما تقدم

فصل في احكامه الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته **قال** واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة **قال** واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى وتختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع له الامام امة من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها

من الاولى ايضا كما لا يخفى والفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب واما ثانيا فلانه كيف يحصل بالتصريح بالفصل ههنا الاشارة في اول الوهلة الى ان ههنا فصلا آخر يذكر بعده وذكر فصل لا يقتضي ذكر فصل آخر لا في اللغة ولا في العرف والا لزم ان يقتضي ذكر فصل في احكامه ذكر فصل آخر بعده ولم يذكر بعده فصل آخر قطعا وعن هذا ترى انهم يذكرون في كثير من المواضع فصلا واحدا ولا يذكرون بعده فصلا آخر اصلا

فصل في احكام الخنثى وهو الذي لم يظهر فيه احدى العلامات وتعارضت العلامات لان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته اقول في تحريره هذا التعليل نوع خلل لان قوله ولا النساء عطف على الرجال في قوله فلا يتخلل الرجال وقوله فلا يتخلل الرجال متفرع على قوله لاحتمال انه امرأة لانه معطوف فيلزم ان قوله يكون ولا النساء متفرعا ايضا على قوله لاحتمال انه امرأة لان المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير الحاصل لاحتمال انه امرأة اذ لا تاثير لاحتمال انه رجل وكان صاحب الكافي ذاق هذه الساعة يصير تحرير المصنف في التعليل حيث قال وان وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال ولا يفسد صلوتها باحتمال انه امرأة ولا يتخلل النساء حتى تفسد صلوته لاحتمال انه رجل انتهى **قوله** فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل هذا لفظ محمد رح في الاصل قال جمهور الشراح انما قال باستحباب اعادة الصلوة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل والمرأة في صلوة مشتركة موهوم فليتوهم احب له ان يعيد الصلوة انتهى وعزاه في النهاية والكفاية الى المبسوط اقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذي فطانة ان كون المفسد موهوما لا يدفع وجوب اعادة الصلوة عند تعذر كون الاخذ بالاحتياط واجبا في باب العبادات كما صرحوا به فان الاحتياط يقتضي الاحتراز عن الموهوم ايضا فالظاهر عندي ما ذكر في الذخيرة ونقله الشراح ههنا عنها وهو ان قوله فاحب الي ان يعيد صلوته فيما اذا كان الخنثى المشكل مراهقا فان الاعادة مستحبة في حقه تخلقا واعتيادا واما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا كان عليه الاعادة وان كان انثى لم يلزمه الاعادة فيجب الاعادة احتياطا على ما هو الحكم في باب العبادات **قوله** ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن اقول في هذا التعليل كلام وهو انه ان اراد بقوله وهو جائز في الجملة انه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل هو مكروه وان اراد به انه جائز بعذر كما صرح به في الكافي حيث قال وهو جائز في الجملة عند العذر وكما صرح به في المبسوط والذخيرة وبين وجه العذر ههنا حيث قال لان الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من ابين الاعذار انتهى فهو مسلم لكن يرد عليه حينئذ على قوله وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها ان يقال ارتكاب المكروه ايضا جائز عند العذر واشتباه الحال من ابين الاعذار فالوجهان في جلوسه جلوس المرأة **قوله** وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة قال صاحب النهاية هذا التعليل وان كان صحيحا في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة لان الامة لا يباح لها النظر الى موضع العورة من سيدتها مطلقا لانه ذكر في استحباب المبسوط ان للامة ان تنظر الى مولاتها كالاجنبيات فعلم بهذا انه لا تاثير للملك في اباحة النظر الى سيدتها والاولى في التعليل ههنا ما ذكره في المبسوط والذخيرة فقال لانه متى اشترى الولي جارية للخنثى فان يملكها الخنثى ثم ان كان الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوك الى مالكها وان كان الخنثى انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حال العذر فعلم بهذا ان مس الجارية له على تقدير ان يكون الخنثى انثى باعتبار ان نظر الجنس الى الجنس اخف من نظره الى خلاف الجنس لا لان يكون للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب العناية نقلا عن اعتراض

ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير وان ينكشف قدام الرجال وقدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة او يسافر مع غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهي امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى تستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمشكل ... وان قال الخنثى انا رجل او انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة وتيمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش المرأة فهو احب لي لاحتمال انه عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب الي ان يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى يقيم سنة وان كان ذكرا فقد زاد على الثلاث ولا بأس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند ابي حنيفة اثلاثا للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي واختلفوا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب باربعة وذلك يضرب بثلثة فيكون سبعة ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفين لكل واحد منهما ثلثة وفي حال الاثلاث للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فينتصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فاضعفه ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فاثبتنا المتيقن به فوضعنا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن به كذا هذا

صاحب النهاية تعليل على المص ره لا اليه نظر لان ذلك في حال الاختيار لا في حالة العذر ولهذا لو اصاب المرأة قرح او جرح لا يحل النظر اليه لا به المرأة وكذا النظر القابلة واهلها الى فرج المرأة وقت الولادة يحل فاذا جاز النظر بالعذر فاقامة البينة ايضا عذر جاز لها ان تنظر الى فرجها انتهى اقول نظره ساقط اذ يشترط في جواز النظر بالعذر الى موضع العورة من المرأة الامة والحرة والمملوكة وغير المملوكة فلم يكن للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها اصلا وتعليل المص ره بقوله لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة يشعر لا محالة بتاثير الملك وفي اباحة النظر الى سيدتها كما ترى في اباحة النظر الى سيدتها فيرد عليه ما قال صاحب النهاية من ان هذا يصح في حق الرجل فاسد في حق المرأة وعن هذا يعترضون جماعة من الشراح منهم صاحب الغاية وصاحب الكافي في التعليل لانه بيان مملوكة النظر الى ذكره ان كان رجلا **قوله** ويكره له في حيوته لبس الحلى والحرير قال صاحب النهاية وليس في قيد قوله في حيوته زيادة لان الحيوة تستفاد من قوله اللبس ويجوز اختصاص الكراهة لما ان بعد الموت لو وجد ذاك اللباس لا لبس والكراهة بعد الموت للملبس للميت وقد اقتفى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقصد صاحب الغاية رد ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيدا للاخراج بجوز ان يكون بعضها بيانا للواقع انتهى اقول ليس هذا الشيء لان حاصل ذلك قول صاحب النهاية ان قوله في حيوته مستدرك لا فائدة في ذكره واذا كان الواقع مسابه ونه فالوجه في الاعتذار عن ذكره ما ذكره هؤلاء الشراح انفسهم حيث قالوا الا ان المص ره اتبع في ذلك المبسوط ذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثى اذا مات فكان ذكر الحيوة هناك لتبيين المقابلة لا للتقييد انتهى **قوله** وان ينكشف قدام الرجل وقدام النساء قال جمهور الشراح وهذه المسئلة يدل على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل فجاز للخنثى التكشف للنساء فانه ليس المراد من التكشف ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا ولكن المراد ان يكون في ازار واحد انتهى وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد كما نقله صاحب الغاية اقول ليس هذا بتام عندي اذ على تقدير كون نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل على ما هو الاصح من الروايتين كما نص عليه المص ره في كتاب الكراهية يصح الحكم على الخنثى المشكل بعدم جواز ان ينكشف للنساء ايضا بناء على رواية كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه كما ذكره المصنف ره في كتاب الكراهية نقلا عن كتاب الخنثى من الاصل اذ على هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلا كما لا يجوز له التكشف للرجال لاحتمال كونه امرأة فلم يكن في هذه المسئلة دلالة على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لجواز ان يكون مبناها كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه كما زعموا فتبصر **قوله** وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره قال صاحب الغاية وفي هذا التعليل نظر لانه انما يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر او انثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى اقول مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المص ره فان مراده بقوله وان لم يكن مشكلا واما ان لم يعلم انه مشكل لانه علم انه ليس بمشكل لان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلا عن الحاكم الشهيد ويدل عليه ايضا قول المص ره في تعليل ذلك لانه دعوى تخالف قضية الدليل فان مخالفة دعواه قضية الدليل انما يتصور فيما اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل فيكون معنى قوله ههنا وان لم يكن مشكلا

الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فيعطيه الخنثى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الوارث زوجا واما واختا لاب وام وهي خنثى او امراة واما واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فلها في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه الاقل النصيبين فيعطى والله اعلم بالصواب. مسائل شتى قال واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له انشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكوة والفرق لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارض على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان وفي الآبدة عرفناه بالنص قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ومنه ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الا ترى ان النبي عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في الاخرس اظهر والزم ثم الكتاب على ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوي فيه لانه بمنزلة صريح الكناية فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى انه لو شهدوا بالوطي الحرام او اقر بالوطي الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد

ان لم يعلم انه مشكل ان يعلم انه ليس بمشكل حتى يحكم بانه ذكر او انثى بلا حاجة الى قوله نفسه بل يجوز ان لم يعلم انه مشكل ام لا بان لا يعلم ظهور احدى العلامات ولا عدم ظهوره فتحقق الحاجة الى قوله نفسه وهو مسألة الكتاب هنا وعلى التعليل بقوله لانه اعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه والعجب منه انه بعد ان حيث معنى المقام بما تبتنى عليه نظره كيف اورد النظر على التعليل ومن نفس المسألة وهي حق بورودها عليها على ما فهمه معنى المقام بان يقال لا معنى لهذه المسألة لانه اما ان لا يكون مشكلا او ظهرت فيه احدى العلامات فيعتد ظهورها بالحكم بانه ذكر او انثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك فما معنى قول المصنف وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله **قوله** الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا قال في العناية وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال لا يثبت الا بسبب بالشك الا ان نصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى اقول فيه نوع اختلال لان تفسيره مراد المصنف بقوله يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن الخ يقتضي ان يكون قول المصنف الا ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله فاوجبنا المتيقن به فصار اقتصارا عليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان فتخالف هذا في قوله في اول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به تدبر

مسائل شتى قد كانت عادة المصنفين ان يذكروا في آخر الكتاب ما ذكر في الابواب السابقة من المسائل استدراكا للفائتة ويترجمون تلك المسائل بمسائل شتى او بمسائل متفرقة او بمسائل منثورة ففعل المصنف هنا ايضا كذلك جريا على عادتهم **قوله** واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له انشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز قال الشراح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار لان ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك رأسه طولا كما اذا كان معهودا منه في نعم انتهى اقول فيه نظر لانه لما فسر الايماء برأسه في تقرير المسألة بقوله اي نعم تعين وصفهما فيما جاء منه دلالة الاقرار فلم يبق حاجة في تقريرهما الى قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار بل كان يكفي قوله جائز كما لا يخفى **قوله** ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه اقول الانيه يجب عما يقال ان هذا التعليل يقتضي ان لا يجوز اشارة معتقل اللسان ولو امتد اعتقاله لان تاخير الوصية قد جاء من قبله هناك ايضا مع انهم قالوا ان هذا بمنزلة الاخرس في الحكم كما صرح به المصنف فيما قبل ولعل صاحب الكافي تفطن له حيث طرح هذا التعليل من البين **قوله** اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الى آخره اقول فيه شيء وهو ان هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعضه الآخر بل يدل على خلافه فان المدعي ان كتاب الاخرس حجة فيما سوى الحدود ولا فارق بينه وبين الحدود وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود ايضا اذا كانت مستبينة مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا انه اذا كان بمنزلة النطق في حق الحدود ايضا التكلم حجة ضرورية فينبغي ان يكون حجة في الحدود ايضا كما كان النطق فيها حجة ايضا فليتامل في التخلص **قوله** واما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد اقول لقائل ان يقول من هذه الاحكام الطلاق على ما صرح به في موضع المسألة وهو من حقوق الله تعالى لان فيه تحريم الفرج وهو حق الله تعالى ولهذا لم يشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق كما لم يشترط في الشهادة على عتق الامة ايضا بالاتفاق بناء على ذلك كما صرحوا به وفسر في الكتاب ايضا في باب عتق احد العبدين من كتاب العتاق فان قلت ليس الطلاق من حقوق الله تعالى المحض بل فيه حق العبد ايضا لتعلق

معتقل

وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود فخالصة لله تعالى شرعت زواجر ليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهم بعض اصحابنا رحمهم الله انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين بعارض لما بين في المعتقل لسانه ان الفرق تأتيه في ما يتعلق بالفيض ...

حق الزوجين لا ان يكون مدار قول المصنف ولانها من حقوق العباد ذلك قلت مجرد تحقق العبد في شئ لا يكفي في كون اشارة الاخرس حجة فيه الا يرى ان اشارته لا يكون حجة في حق حد القذف مع ان فيه وقع العارض المقذوف كما ان حق الله تعالى بل لابد في كون اشارته حجة من ان يكون الحكم في حقوق العباد فقط او ما غلب فيه حق العبد على حقوق الله تعالى كالقصاص لا ما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علمائنا على ما عرف في موضعه وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى فان الدعوى شرط في قبول الشهادة في حقوق العباد حتى ان مطالبة المقذوف شرط في ثبوت حد القذف وان كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يصح عفو المقذوف ولا يجوز الاعتياض عنه ولا يجري الارث فيه عندنا كما عرف في الحدود وقد علمت بعدم اشتراط الدعوى في ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالبا على حق الله تعالى فتفكر **قوله**

وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه لما شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما الحدود فخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكره ههنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة خلاف ما تقرر في عدة مواقع منها كتاب الكفالة فانه قال فيه ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله لان مبنى الكلام على الدرء فلا تجب فيه الاستيثاق ومنها كتاب الشهادات فانه قال فيه ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما تيدرئ بالشبهات ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فانه قال فيه وتجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته ومنها كتاب الدعوى فانه قال فيه في باب اليمين ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمه الله لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويثبت المال ومنها كتاب الجنايات فانه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها اصلا موثرا في ثبوت القصاص وفرع عليه كثيرا من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة في كل واحد منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب واما ثانيا فلان قيد الخالصة في قوله اما الحدود فخالصة لله تعالى فشرعت زواجر مستدرك بل مخل ههنا فان حد القذف غير خالص لله تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع انه ايضا زواجر لا يثبت بالشبهات ولا يكون اشارة الاخرس حجة فيه ايضا كما صرح به فيما مر انفا فلا يتم التقريب بالنظر اليه على التقييد المزبور **قوله** ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب قال صاحب العناية ونافي دعوة الجمع بينهما نظر لانه قال في جامع الصغير واذا كان الاخرس يكتب او يومي وكلمة او لاحد الشيئين لا للجمع على انا نقول قال في الاصل وان كان الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز فيها من اشارة رواية الاصل ان الاشارة من الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لانه بين حكم اشارة الاخرس بشرط ان لا يكتب فانهم الى هنا لفظه اقول نظره ساقط جدا اذ ليس مراد المصنف رحمه الله بالجمع بينهما في كل مادة من جواز اعلام الاخرس مراده بل الجمع بينهما في جواز اعلام الاخرس من مراده باي واحد منهما ولا شك في كلمة ودلالة او على هذا المعنى لانها لاحد الامرين بلا تعيين فاذا قال الاخرس باي واحد منها على الانفراد تحقق الاتيان باحد الامرين ويجوز ذلك بحسب الشرع اي تقبل ويعمل بموجبه قول محمد رحمه الله في جواز هذه المسئلة فهو جائز عاما بعد ونية التي ذكرها بقوله على انا نقول الخ فليست بشئ ايضا لان مراد المصنف رحمه الله دلالة مسئلة الجامع الصغير على استواء الاشارة

قال واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كان الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتي تحتمل ان تكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة فيه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

والكتابة من الاخرس ومعنى قوله لانه جمع ههنا بينهما انه جمع في الجامع الصغير بكليهما كما صرح به الشارح المذكور حيث قال في شرح قوله لانه جمع ههنا بينهما اي جمع صاحب الجامع [illegible] بين الاشارة والكتابة ولا ريب ان هذا لا ينافي اشارة مسئلة الاصل الى ان اشارة الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة غاية الامر ان يكون في المسئلة [illegible] روايتان ومثل ذلك كثير فان قلت فعلى هذا يكون يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه لا تعتبر الاشارة الا مع القدرة على الكتابة فان ما ذهب اليه ذلك البعض من اصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الاصل فما معنى نسبة التوهم اليهم بالنظر الى الدراية دون الرواية تامل **قوله** واذا كان الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين لم تؤكل قال في العناية اخذا من النهاية طولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان احدهما نجس والآخر طاهر ولا يتميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه انه طاهر تجوز التحري هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم تجز واجيب بان وجه الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة له ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلوته لانه مضطر الى الصلوة فيها بخلاف ما نحن فيه من غنم ويوئيد ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب فان كان ثلثة اربا عه نجسا وربعه طاهرا يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جازت صلوته فيه وهو نجس متعين فلا يجوز بالتحري حالة الاشتباه انتهى اقول لا الشبهة شيء ولا الجواب عندي اما الاول فلان تجويز التحري فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرار ان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به وعدم تجويزه فيما اذا كانت الميتة والذكية نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شرح الجامع الصغير وصرح به المصنف ههنا بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك فلا يتوجه المطالبة بالفرق بين المسئلتين لما ظهر اختلاف حكمي حالتي الاختيار والاضطرار قطعا واما ما ذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب اخف من حكم غيرها لان جواز الصلوة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم الثياب اذ ذاك انما هو في حالة الاضطرار كما افصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلوة فيها وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققته فمن اين ثبت كون حكم الثياب يكون من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح ان يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلتين

آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله تعالى وهدايته الفقه مع توزيع الخواطر وتشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال وسميته بنتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار لاشتماله على ثلثة آلاف من التصرفات التي لم يسبقني اليها احد من الثقات وذلك فضل الله يؤتيه من يشاء فله الحمد والمنة وله الكبرياء ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ربنا اغفر لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا وتوفنا مع الابرار

ه

خاتمة الطبع

الحمد لله على بلغنا بعناية الكاملة وتوفيقاته الوافية وحمايته الكافية غاية مآربنا ومرامنا وأنعم علينا بنعمه الصافية ورحمته الغافية قصى مقاصدنا ومرامنا ونصلي ونسلم على رسوله الذي هو اول الانبياء وآخرهم وبه ختم النبوة وابتداء الابداء حبذا ما قال بعض ملك البلغاء في شانه الجليل ومحامده الجميل التي لا يمكن ان يكون فيه شريك ولا شركاء نظم جمع نبي بدء جا بدء نبي المهيمن سيده هو فلاجل الابداء والايداء هو قد خصه الباري باوصاف على هو لم يعطها الاحداث والقدماء ره وعلى آله النجباء والكرماء وأصحابه النقباء العظماء وبعد فيقول عبده اقل الورى محمد اعظم حسين الصديقي الخيرابادي لا زال مصونا بفضل الله الكريم من البلايا والبلاء ورزقه شفاعة نبيه خير الاتقياء وادخلني في زمرة عباده الصلحاء لما وجدت هذا الشرح جليل الشان فاتح ابواب المتعة على البرهان حاويا لمسائل الدين المتين محييا لمصنفات الفقهاء المتقدمين متمسكا ومستندا للعلماء والمتاخرين واحسنها نظما ونسقا واجيدها رتقا وفتقا طار به في الاقطار كالامطار مشتهرا بين شروح الهداية غاية الاشتهار كالشمس في نصف النهار الذي جمع فيها مصنفه العلام امام العلماء سيد فقهاء الكرام قدوة المفسرين سلطان المحدثين شيخ الاسلام كمال الملة والدين المعروف بابن الهمام المتوفى سنة ٨٦١ احدى وستين وثمان مائة روح الله روحه ونور ضريحه واعلى درجته في دار السلام مسائل الفقه الحقة الحنفية مجيبا لايرادات العلماء الشافعية والمالكية والحنبلية وبذل جهده البليغ في تخريج الاحاديث الشريفة وتحقيقاته الانيقة وتطبيقاتها على طرق هذه الملة النامية وتصحيحها باسناد صحيحة ورواة ثقات عدول كلها عن الخلل والاضطراب خالية لا سيما التكملة المحبوبة المطلوبة للعلماء الاخيار الشهيرة بنتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار للفاضل القمقام البحر الطمطام زين الدين الآفندي الشهير بقاضي زاده عسكر الروم ومفتيه المتوفى سنة تسعمائة وثلث عشر تكملة لهذا الشرح من كتاب الوكالة الى آخر الكتاب جامعة للادلة النقلية والعقلية متضمنة للثلاث الف ايرادات على شروح الهداية التي لم يسبق اليها سوى مصنفها احد من الثقات لما هو من بناة المباحث العلية وكان مع ذلك مختفيا غاية الخفاء وشموس افاضته حاجبة اهل الضباء وكان الطالبون في طلبه اعيا الى الله بالصباح والمساء والمشتاقون الى لقائه متمنيا بغاية التمنا بحيث من تيسر له جزء منه فكانه اعطى دراية تهاوتن وجد منه بابا فكانما فاز فوزا عظيما فاردت ان اكسيه كسوة الانطباع والاعلان واميطه من وجوه مخدراته نقاب الفقدان فشوقت الى طبعه ملك التجار ذا الفضل والافتخار ممتازا باسمه العالية وهمم الائمة المتعالية بين اعيان الزمان في الامصار سنى المراتب والمناقب كثير الجود والمواهب المنشي نول كشور مالك المطبعة الجليلة الشهيرة باوده اخبار لا زال ممتازا بين مطابع الدهور بالمجد والاعتبار فتلقى كلامي بالقبول وعزم بانجاح المرام والايصال الى ما هو المسئول وامرني بتفحص نسخة الصحاح عن العلماء الكبار فتوجهت الى تجسسها ووصلت الى المطلوب بعد الجد والطلب البليغ بعناية الله العزيز الغفار ووجدت اربع نسخ كاملة مقروءة على العلماء الاخيار منها نسخة صحيحة كاملة مملوكة لحضرة استاذي العلام استاذ علماء الانام مستند فضلاء الكرام البحر الذاخر في المعقول والمنقول معدل ميزان الفروع والاصول بالفرد المجيد الاحق مولانا ومولى الانام محمد عبد الحق لا زال بافضاله ملاذ العلماء الدهر وملاذ الفضلاء العصر ومنها نسخة صحيحة غاية التصحيح عديم النظير في حسن خطه وكتابته مقروءة على الامام الهمام سلطان العلماء قدوة المجتهدين نخبة الفقهاء والمحدثين منقح اغصان الفروع والاصول كاشف استار المعقول والمنقول بحر العلوم امام العلماء مولانا ابو العياش عبد العلي محمد تغمده الله بغفرانه واسكنه بعنايته بحبوحة جنانه مملوكة لاعلم علماء الزمان وافضل فضلاء الدوران وحيد عصره وفريد دهره الحافظ الحاج مولانا ابو الاحياء محمد نعيم لا زال مقرونا بعناية الله الكريم ومنها نسخة تامة صحيحة مقروءة على الفاضل القمقام البحر الهمام المؤيد بلطف الملك المتين مولانا محمد مبين اعلى الله درجته في اعلى عليين ومنها نسخة تكملة الصحيحة التامة المملوكة لاعلم العلماء استاذ الفضلاء الكاملين الكرام اصحاب الدراية المؤيد بتائيد الله مولانا المفتي الحافظ الحاج المولوي محمد سعد الله اجرى الله تعالى معاليه على صفائح الايام وربط الاطناب فضله باوتاد الدوام ومنها نسخة مملوكة لجناب مستطاب الفاضل الاديب سمي المجد والمفاخر المولوي محمد عبد العزيز خان بهادر صدر الصدور السابق لا زال مقرونا بعناية الله العزيز القادر وان لم تيفق الاستعانة منه لاجل هذه النسخ الاربع الصحاح المنورة للبصائر وبعد تيسرها شرع في استكتابه وفوض الى مراتب تصحيحه واتمامه تصحيحه بمقابلة النسخ المتعددة ارتجالا واستعجالا لا غاية التعجيل تصحيحه الفاضل الاديب الكامل الاريب وحيد الدوران صاحب التصنيف والتاليف ابو سليمان ظهير الدين احمد المعروف بمولوي محمد اشرف علي اللكنوي ايده الله بلطفه الخفي والجلي فالحمد لله على اختتامه واشكره على حسن تمامه بشرى للطالبين بطلوع كواكبه عن افق الاجلال وسطوع صبح افضاله عن سماء الكمال عم نوره الابصار والبصائر فلاح آيات السعود الضمائر وقد اتفق تمامه في مصر لكهنؤ في شهر شوال المكرم سنة ١٢٩٢ الف ومائتين واثنين وتسعين من السنين الهجرية على هاجرها الف الف سلام وتحية المطابق لشهر نومبر سنة ١٨٧٥ خمس وسبعين مع الالف وثمان مائة من السنين المسيحية على صاحبها الصلوة والسلام على نبينا ما شرعت البرية تمت